



Artigo | Página 06
Amostragem estatística
para testes de controle.

Artigo | Página 15
Estudo completo sobre a
hipótese de inexigibilidade
de licitação para
contratação de serviços
técnicos especializados.

Artigo | Página 73
Instituto de Vistoria
Técnica no rito
processual das
licitações públicas.



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

MINISTROS

José Mucio Monteiro (Presidente)
Ana Arraes (Vice-Presidente)
Walton Alencar Rodrigues
Benjamin Zymler
Augusto Nardes
Aroldo Cedraz
Raimundo Carreiro
Bruno Dantas
Vital do Rêgo

MINISTROS-SUBSTITUTOS

Augusto Sherman Cavalcanti
Marcos Bemquerer Costa
André Luis de Carvalho
Weder de Oliveira

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Cristina Machado da Costa e Silva (Procuradora-Geral)
Paulo Soares Bugarin (Subprocurador-Geral)
Lucas Rocha Furtado (Subprocurador-Geral)
Marinus Eduardo de Vries Marsico (Procurador)
Júlio Marcelo de Oliveira (Procurador)
Sérgio Ricardo Costa Caribé (Procurador)
Rodrigo Medeiros de Lima (Procurador)

REVISTA TCU

143

Revista do Tribunal de Contas da União | Brasil | Ano 50

Jan-Jun | 2019



© Copyright 2019, Tribunal de Contas da União do Brasil

Os conceitos e opiniões expressas em obras doutrinárias assinadas são de inteira responsabilidade dos autores.

A reprodução completa ou parcial desta publicação é permitida, sem alterar seu conteúdo, desde que citada a fonte e sem fins comerciais.

www.tcu.gov.br

Missão

Aprimorar a administração pública em benefício da sociedade por meio do controle externo.

Visão

Ser referência na promoção de uma administração pública efetiva, ética, ágil e responsável.



Tribunal de Contas da União - v.1, n.1 (1970) -. - Brasília: TCU, 1970

v.

De 1970 a 1972, periodicidade anual; de 1973 a 1975, quadrimestral; de 1976 a 1988, semestral; de 1990 a 2005, trimestral; 2006, anual; a partir de 2007, quadrimestral

ISSN 0103-1090

1. Controle de gastos públicos - Brasil, 2. Controle externo - Brasil, I.
Tribunal de Contas da União.

Catalogada pela Biblioteca Ministro Ruben Rosa



TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

FUNDADOR

Ministro Iberê Gilson

SUPERVISOR

Ministro Raimundo Carreiro

CONSELHO EDITORIAL

Ministro-substituto Augusto Sherman Cavalcanti

Procuradora-Geral Cristina Machado da Costa e Silva

Maurício de Albuquerque Wanderley

Paulo Roberto Wiechers Martins

Luiz Henrique Pochyly Da Costa

Fábio Henrique Granja e Barros

EDIÇÃO

Flávia Lacerda Franco Melo Oliveira

Clemens Soares dos Santos

COLABORAÇÃO

Avelina Ferreira de Almeida

TRADUÇÃO

Secretaria de Relações Internacionais

PROJETO GRÁFICO

Marcello Augusto Cardoso dos Santos

CAPA, DIAGRAMAÇÃO E FOTOMONTAGENS

NCom/ISC

IMAGENS

Getty Images

Departamento de Pós-Graduação e Pesquisas

St. de Clubes Esportivos Sul

Trecho 3 Lote 3

Brasília, DF, 70200-003

revista@tcu.gov.br

Impresso pela Sesap/Segedam

ISSN eletrônico - 2594-6501

ISSN impresso - 0103-1090



Artigos

Índice e endereços

Um estudo completo sobre a hipótese de inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos especializados

4

Luiz Cláudio Chaves

Amostragem estatística para testes de controle: um guia teórico-prático para auditores

32

Arnaldo Ribeiro Gomes

O instituto da vistoria técnica no rito processual das licitações públicas e a possibilidade de ações cartelizadas: uma análise teórica

50

Magno Silva

Índice de autores

72

Como publicar na revista do TCU

73



Um estudo completo sobre a hipótese de inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos especializados

Luiz Claudio Chaves

é especialista em Direito Administrativo e professor da Escola Nacional de Serviços Urbanos-ENSUR e professor convidado da Fundação Getúlio Vargas e da PUC-Rio.

RESUMO

O sistema normativo que regula as contratações governamentais impõe enorme dificuldade ao aplicador quando da necessidade de contratar serviços técnicos especializados de natureza singular. A complexidade desse conceito, requisito indispensável para o enquadramento da hipótese que configura afastamento do dever geral de licitar, constitui barreira a ser vencida pelo intérprete, elevando sobremaneira o grau de dificuldade do desafio de bem contratar tais serviços. Este trabalho é uma iniciativa na busca de melhor aclarar os conceitos envolvidos, tais como, o de singularidade e de notória especialização, com o objetivo de que as normas licitatórias sejam adequadamente cumpridas, sem desvios de finalidade, mas também, sem perda de eficiência e eficácia.

Palavras-chave: Licitação. Inexigibilidade. Singularidade. Notória especialização.

ABSTRACT

The regulatory system that regulates governmental contracting imposes enormous difficulty on the applicator when it comes to contracting specialized technical services of a unique nature. The complexity of this concept, an indispensable requirement for framing the hypothesis that constitutes a departure from the general obligation to bid, constitutes a barrier to be overcome by the interpreter, greatly increasing the degree of difficulty of the challenge of hiring such services. This work is an initiative in the search to better clarify the concepts involved, such as the one of singularity and notorious specialization, with the objective that the bidding rules be adequately fulfilled, without deviations of purpose, but also, without loss of efficiency and efficiency.

Keywords: Bidding. Inexigibility. Singularity. Notable specialization.



1. INTRODUÇÃO À SITUAÇÃO-PROBLEMA

É sempre acalorada a discussão sobre como os órgãos e entidades da Administração Pública devem proceder para contratar serviços técnicos especializados, aqueles assim considerados como impossíveis de comparação objetiva, conciliando as normas legais para contratação de serviços (Lei 8.666/1993) e as peculiaridades inerentes a essa especial prestação de serviço. As dificuldades são inúmeras e diversos são os fatores que contribuem para aumentar a insegurança no momento da celebração de tais ajustes.

O primeiro ponto diz respeito obrigação de se realizar licitação. Considerando que o dever de licitar é imperativo (CF, art. 37, XXI) e, além disso, fazê-lo pelo critério do menor preço é a regra geral, o problema surge a partir da imensa dificuldade (na verdade, impossibilidade) de se estabelecer, para essas hipóteses, critérios de aferição idôneos que apontem com segurança a proposta efetivamente mais adequada, elevando a níveis insuportáveis o risco de insucesso da contratação. Em tempos hodiernos, em que muito se fala em governança e gerenciamento de riscos das contratações¹, impõe-se especial atenção a tais contratos, posto que, não raro, quase não possuem margem de correção de desvios no decorrer da execução, dificultando sobremaneira a recuperação de prejuízos causados por falhas na conduta do executor. A escolha deste, surge como ponto nodal na garantia de obtenção de um resultado efetivamente adequado aos interesses da Administração contratante.

Para ilustrar, imagine-se um curso contratado no formato in company, customizado de acordo com as necessidades do órgão contratante², com carga horária de 24 horas e, após iniciado o treinamento percebe-se que o mesmo não irá atender os objetivos, por exemplo, devido à pouca capacidade didática ou falta de conhecimento prático sobre a matéria por parte do docente. Ainda que essa circunstância seja verificada logo após o início do treinamento, será quase impossível corrigir tal falha de modo a evitar um dano relevante para o contratante, pois isso exigiria, no mínimo, a substituição do docente. Os prejuízos seriam praticamente irreparáveis, pois concatenar a agenda dos servidores a quem o curso se destinava, o espaço da sala de aula (que pode estar ocupada com outros treinamentos), e a agenda do novo professor, é um exercício hercúleo de gestão. A experiência tem demonstrado que contratos dessa natureza, quando licitados, em sua esmagadora maioria, anotam má prestação de serviço e atendimento muito aquém dos objetivos colimados.

Por lado outro, é bastante cediço que muitas das contratações tidas por singulares, de singular, em verdade, nada revelam. Muitas vezes o administrador “força a barra” para enquadrar

1 Vide Instrução Normativa Conjunta no. 001/2016/CGU/MP; Instrução Normativa no. 05/2017/MPDG, art. 20; Lei 13.303/2016, arts. 1º, § 7º, IX; 6º, §1º, VI; 42, X c/c §1º, I, d.

2 O TCU já firmou entendimento segundo o qual, a contratação de cursos e treinamentos são de natureza singular: “Considere que as contratações de professores, conferencistas ou instrutores para ministrar cursos de treinamento ou aperfeiçoamento de pessoal, bem assim a inscrição de servidores para participação de cursos abertos a terceiros, enquadram-se na hipótese de inexigibilidade de licitação prevista no inciso II do art. 25, combinado com o inciso VI do art. 13 da Lei no 8.666/1993. Decisão 439/1998 Plenário”



determinado serviço como sendo inexigível, sustentando a tese da inviabilidade de licitação com elementos supérfluos, irrelevantes ou mesmo impertinentes a esse desiderato.

Finalmente, deve-se apontar como um dificultador importante a fragilidade –em termos gerais – da instrução dos respectivos processos, que, o mais das vezes, deixam de observar os requisitos mínimos exigidos pela legislação de regência.

A fim de viabilizar a compreensão desse instituto, cumpre a adiante pormenorizar os requisitos e conceitos a ele relacionados, o que permitirá uma melhor compreensão do mesmo e reconhecimento, no campo prático, das situações casuísticas em que ele se amoldará.

2. TRAÇOS MARCANTES DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FUNDADA NO ART. 25, II

Na inexigibilidade de licitação, é a impossibilidade de submeter a oportunidade de negócio à competição que afasta o Dever Geral de Licitar, insculpido no art. 37, XXI da Carta Política de 1988. Essa impossibilidade invariavelmente, decorre do objeto, seja porque único, como nos casos de produto exclusivo, seja porque, mesmo não sendo exclusivo, se mostra inconciliável com a ideia de comparação objetiva de propostas. E é essa última em que justamente se espelha a hipótese ora em estudo. Veja-se a redação do dispositivo correlato:

Art. 25 – É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - omissis

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - omissis

§ 1o Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;



- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.
- VIII - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

Como se vê, o art. 25, II da Lei Geral de Licitações reconhece que determinados serviços, os “técnicos especializados”, quando “singulares”, são incomparáveis entre si. O elemento central dessa hipótese de afastamento da licitação, a despeito da presença de vários executores aptos, é a inviabilidade de estabelecer-se comparação objetiva ente as várias possíveis propostas, conforme lição do festejado mestre, Celso Antônio Bandeira de Mello³, in verbis:

“são licitáveis unicamente (...) bens homogêneos, intercambiáveis, equivalentes. Não se licitam coisas desiguais. Cumpre que sejam confrontáveis as características do que se pretende e que quaisquer dos objetos em certame possam atender ao que a Administração almeja”.

Assim, para configuração da inviabilidade de competição, não bastará que a contratação se concentre em um dos serviços apontados em um dos incisos do art. 13 da Lei 8.666/1993. Será essencial determinar que o objeto do contrato também possa ser considerado singular.⁴

A norma acima transcrita oferece nas entrelinhas um roteiro prático e ordenado para o correto enquadramento da hipótese no caso concreto. Note que o inciso II, ao relacionar os requisitos que devem compor a instrução do processo são, na ordem: a) o serviço ser técnico e estar enumerado no art. 13; b) ter natureza singular; e, c) o executor ser um profissional ou empresa de notória especialização. Aliás, há muito o Tribunal de Contas da União firmou o entendimento

3 *Curso de Direito Administrativo*. 17ª, ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 497.

4 Nesse sentido: TCU, Súmula 252; JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª. ed. Dialética. São Paulo, 2010, p. 367; MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Op. Cit.*, p.508; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, *Direito Administrativo*. 5ª. ed., Atlas. São Paulo, 1995, p. 273; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 11ª ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2004, p. 226; JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses, *Op. Cit.* p. 605; MUKAI, Toshio, *Op. Cit.*



segundo o qual a contratação calcada no dispositivo em tela só é regular se houver a demonstração da presença desses três requisitos:

“ENUNCIADO: A contratação direta por inexigibilidade de licitação, com base no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993, comporta a presença simultânea de três requisitos: constar no rol de serviços técnicos especializados mencionados no art. 13 da Lei 8.666/1993, possuir o serviço natureza singular e ter o contratado notória especialização. O ato praticado com a ausência de qualquer um dos três requisitos importa na irregularidade da contratação.”
(TCU, Acórdão 479/2012-Plenário Rel. Min. Raimundo Carreiro)

Nota-se que há um encadeamento lógico. Se a instrução não demonstrar ser o serviço pretendido, técnico especializado, sequer se avançará para verificação da presença da singularidade. Em interpretação a contrário senso, o dispositivo somente aceita a noção de singularidade se o serviço for técnico especializado. E, caso haja a perfeita configuração do serviço ser técnico especializado e de natureza singular, se o escolhido não puder ser considerado um notório especialista, irregular será a despesa. Mais uma vez servindo-nos de interpretação a contrário senso, de nada adiantará escolher um notório especialista, se o serviço não for técnico especializado e de natureza singular.

Nada obstante, uma das falhas mais frequentes encontradas pelo controle externo e interno nas auditorias e tomadas de contas é a inversão desses valores, em que a área técnica ou a própria autoridade superior justifica a contratação a partir da escolha do executor. Tece longas laudas de justificativa para “elogiar” o escolhido, sem debruçar uma linha sequer sobre a razão pela qual se entendeu, no caso concreto, ser aquele um serviço de natureza singular.

Afinal, um notório especialista pode, perfeitamente, executar um serviço compossível de comparação objetiva, que qualquer outro profissional habilitado faria. Logo, é a singularidade que provoca a impossibilidade de comparação objetiva, daí porque ela tem que ser apontada antes. Como se verá mais adiante, a presença do notório especialista na execução de um serviço singular é uma necessidade, não um mero requisito formal. Por isso que, a despeito de haver opiniões em sentido contrário⁵, é equivocado o entendimento segundo o qual a singularidade pode decorrer da notória especialização de seu executor.

Para essa corrente doutrinária, a notória especialização envolveria uma singularidade subjetiva. Todavia, se imaginarmos que a inviabilidade pode decorrer da pessoa do contratado, teríamos que admitir a absurda ideia de que um mesmo objeto seria, a um só tempo, singular e não singular, conforme a pessoa que o executar. Ora, o serviço é ou não é singular. Um projeto arquitetônico para casas populares, desprovido de qualquer complexidade ou vanguardismo técnico, não pode ser classificado como singular apenas porque sua contratação recaiu em um escritório mundialmente reconhecido e prestigiado, pois o projeto, em si, continuaria

5 Reconheço que parte da doutrina entende que a singularidade pode estar vinculada à notória especialização. Nesse sentido: MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. 19ª.ed. Malheiros. São Paulo, 1994, p. 258; MUKAI, Toshio, *A natureza singular na contratação por notória especialização*, RJML de Licitações e Contratos, n.26, p. 13/15



comparável objetivamente. Jacoby Fernandes⁶, de forma bastante arguta, salienta que o processo de contratação de obras e serviços inicia-se, necessariamente, pela definição do objeto, o que envolve a elaboração do projeto básico e/ou executivo, e não pela escolha do executor. Acrescenta que “quando os órgãos de controle iniciam a análise pelas características do objeto, percebe-se quão supérfluas foram as características que tornaram tão singular o objeto, a ponto de inviabilizar a competição.”

Dito isto, e com o propósito de organizar a concatenação de ideias, será tratado, na ordem proposta pela norma legal, um a um os requisitos ensejadores da contratação de serviços singulares, como propõe a lei. Aliás, é exatamente nessa ordem que devem ser instruídos os respectivos processos de inexigibilidade de licitação.

3. O CONCEITO DE SERVIÇO TÉCNICO ESPECIALIZADO: ROL DO ART. 13 DA LEI 8.666/1993 É TAXATIVO OU EXEMPLIFICATIVO?

Como dito alhures, o primeiro requisito a embasar a contratação fulcrada no art. 25, II da Lei 8.666/1993 é o serviço ser “técnico enumerado no art.13”. Como visto na transcrição acima, o dispositivo em comento inaugura a Seção IV da Norma Geral, cujo título é exatamente o mesmo da cabeça do art. 13: “Dos Serviços Técnicos Especializados”.

Mas, convenhamos, todo e qualquer serviço é técnico e é especializado. A manutenção de equipamentos de climatização por dutos tem como obrigação principal um fazer⁷, logo, é um serviço. Se fosse uma obrigação de dar, seria uma compra e venda. E, sem margem de dúvidas, é um serviço técnico. Justen Filho⁸ se ocupa de tentar aclarar o conceito de serviço técnico discorrendo sobre o fato de ser aquele que importa na “aplicação de conhecimentos teóricos e da habilidade pessoal para promover uma alteração no universo físico ou social.” Conclui o renomado autor que será técnico o serviço que depender de uma habilidade e/ou conhecimento humano que transforma o conhecimento teórico em prática. Assim, pode-se afirmar com elevado grau de certeza, que todo serviço é técnico, pois, se é um fazer humano, sempre envolverá a colocação em prática de conhecimentos teóricos.

Já sabemos que a manutenção de equipamentos de climatização por dutos é um serviço e é técnico. Também é especializado. Somente um profissional com especialização em sistemas de refrigeração reúne condições técnicas para executar os serviços de manutenção em tais

6 JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses, *Contratação Direta sem Licitação*. 9ª ed. Fórum. Belo Horizonte, 2011, p.604.

7 “Serviço pode ser conceituado como a prestação por pessoa física ou jurídica de esforço humano (físico-intelectual) produtor de utilidade (material ou imaterial), sem vínculo empregatício, com emprego ou não de materiais, com ajuda ou não de maquinário.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Imposto sobre Serviços na Constituição*, São Paulo: RT, 1985, p. 83.)

8 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14ª ed., São Paulo: Dialética, 2010, p.173.



equipamentos. Assim, forçoso reconhecer que todo serviço é técnico e também especializado, considerando o conceito doutrinário para a expressão técnico acima tomada de empréstimo.

O serviço técnico, por ser aquele, reprisando, em que se coloca em prática conhecimentos teóricos, sempre envolverá a especialização de quem o executa, sendo desimportante se tais conhecimentos teóricos foram absorvidos de modo empírico ou por meio de um curso de formação ou especialização.

Ora, se todo serviço é técnico e é também especializado, mas o art. 13 da Lei 8. 666/193 arrolou apenas algumas espécies de serviços, por óbvio que o conceito normativo tem um significado especial, pois, do contrário, o mesmo alcançaria todos os serviços, o que dispensaria uma seção especialmente destacada. É necessário que se estabeleça, por meio interpretativo, o real alcance da norma, de acordo com a sua finalidade, pois em uma interpretação literal, a norma não faria sentido lógico. Humberto Eco⁹, explica que “entre a intenção do autor e a intenção do intérprete que simplesmente desbasta o texto até chegar a uma forma que sirva a seu propósito existe uma terceira possibilidade. Existe a intenção do texto”.

O método interpretativo que melhor se amolda à hipótese é o sistemático, que “consiste em comparar o dispositivo sujeito à exegese, com outros do mesmo repositório ou de Leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto”, conforme lição lapidar de Carlos Maximiliano¹⁰. Segundo o Mestre, tal método parte do confronto entre a prescrição positiva e outra de que proveio ou que da mesma emanaram, verificando-se o nexa entre a regra e a exceção; entre o geral e o particular, a fim de obter-se os necessários esclarecimentos. A regra, assim submetida ao exame, “longe de perder a própria individualidade, adquire realce maior, talvez inesperado. Com esse trabalho de síntese é melhor compreendido”.

Dito isto, ao analisar os serviços listados nos incisos do artigo 13 ora sub examine (pareceres, estudos, assessorias, consultorias etc), percebe-se, a olhos vistos, um traço que os une; que lhes tornam conexos. É o fato de a lista reunir apenas serviços cuja execução é predominantemente intelectual. Não se queira afastar da execução desses serviços, máquinas, ferramentas, programas de computadores etc. Mas, nesses serviços, o cerne da execução reside na capacidade intelectual do executor. Ao mesmo tempo, não se pretende estabelecer que os demais serviços não utilizem o intelecto de seus executores. Para a elaboração de um projeto arquitetônico, o profissional certamente se servirá de programas de computadores, mas não deixará de ser predominantemente intelectual, pois a escolha do estilo das linhas, os materiais, as cores, as soluções e demais características do projeto sairão do intelecto do arquiteto.

Por tal motivo, a correta interpretação do rol do art. 13 é no sentido de que se trata de uma lista exemplificativa. Tanto assim que a redação fora construída de forma exemplificativa, como se vê dos plurais utilizados (estudos, assessorias, consultorias etc). Caso o rol fosse exaustivo, a redação seria mais objetiva; bem ao contrário, nota-se o cristalino espírito da norma em alcançar o maior número possível de serviços que pudessem se encaixar no conceito legal

9 ECO, Humberto. *Interpretação e Superinterpretação*. (Trad., MF) – São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 28 e sgs.

10 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 104-105.



de técnico especializado. Ademais disso a natureza dos serviços intelectuais não comporta limitação, mormente, em dias de acelerado avanço tecnológico e científico. Profissões que hoje são useiras e vezeiras, há 10 anos sequer existiam. Quanto ao caráter exemplificativo do rol do art. 13, veja-se a posição de Justen Filho¹¹:

“A relação do art. 13 é meramente exemplificativa. O conceito de serviço técnico profissional especializado comporta, em tese, uma grande variedade de situações. Não há dúvidas de que, além dos casos indicados no art. 13, existem inúmeras outras hipóteses que comportam qualificação como serviço técnico profissional especializado.”

Assim, será considerado um serviço técnico especializado, aquele cujo cerne da execução for predominantemente intelectual, não importando se ele se encontra expresso ou não no rol do art. 13 da Lei. 8.666/1993.

Caso o serviço que se pretenda contratar não se amolde ao conceito de técnico especializado, ou seja, não for de execução predominantemente intelectual, de plano já será sabido que não poderá ser contratado sob o fundamento do art. 25, II da Lei 8.666/1993.

4. O ENFRENTAMENTO DO CONCEITO DE SINGULARIDADE NA DOUTRINA PÁTRIA

Ultrapassada a primeira barreira e corretamente caracterizada a natureza técnico-especializada do serviço a ser contratado, o próximo passo será identificar se o objeto deste serviço intelectual reserva natureza singular. Se do exame da natureza do objeto, não restar configurada tal característica, inviabilizada estará a contratação no fundamento legal alvo do presente estudo.

Mas não é simples a tarefa de se estabelecer um conceito técnico-jurídico para singular, que seja preciso sob o ângulo prático, a ponto de viabilizar sua identificação diante dos casos concretos. É de se reconhecer que se trata de um dos conceitos jurídicos mais desafiadores dentre todos os institutos presentes no arcabouço normativo das contratações governamentais. Isto porque a lei não deixa nenhum traço objetivo que possibilite sua identificação. Muito embora haja, na doutrina, diversas propostas de conceituação desse instituto, formuladas pela pena de renomados juristas, ainda não há entre eles uma uniformidade que esgote o tema.

À guisa de exemplo, veja-se a doutrina de Marçal Justen Filho¹², que entende que a singularidade:

“(…) caracteriza-se como uma situação anômala, incomum, impossível de ser enfrentada satisfatoriamente por qualquer profissional ‘especializado’. Envolvem casos que demandam mais do que especialização, pois

¹¹ Op. Cit. , página 175 .

¹² Op. Cit, p. 368.



apresentam complexidades que impedem a obtenção de solução satisfatória a partir da contratação de qualquer profissional (ainda que especializado)”.

Já o eminente e saudoso jurista, Carlos Pinto Coelho Motta¹³, citando Régis Fernandes de Oliveira, concordando com este último, explica que a singularidade “implica em característica própria de trabalho, que o distingue dos demais.” Petrônio Braz¹⁴, conclui que a expressão (singularidade) “traz sentido especial, com peculiaridades que permitem distinguir a coisa, não podendo a expressão ser entendida literalmente.”

A despeito de não discordar de nenhum desses conceitos, no campo prático o que se verifica ao se tentar aplicá-lo (especial, inusitado, anômalo etc), por se tratarem de conceitos abertos, não encerram um guia definitivo para o aplicador, abrindo um perigoso espaço de discricão onde a vinculação é absolutamente imprescindível.

Vejamos ainda a definição de Jacoby Fernandes¹⁵, que em excelente obra de referência aponta que “singular é a característica do objeto que o individualiza, distingue dos demais. É a presença de um atributo incomum na espécie, diferenciador.”

Não se nega que quando o serviço se mostra peculiar, especial ou inusitado; quando o objeto em si possui características intrínsecas que o diferencie dos demais, o mesmo deve ser considerado singular. Mas dizer isso, apenas isso, é insuficiente para se chegar a uma conclusão definitiva que possibilite, nos mais variados casuísmos que são diuturnamente enfrentados pelas repartições, a identificação do elemento jurídico sub examine. Afinal, que atributo (objetivo) o serviço precisa apresentar para que se diga, com precisão, que o mesmo é peculiar ou inusitado? Que “característica própria de trabalho” distingue um serviço singular de um não singular? Os conceitos abertos não oferecem resposta definitiva para essas indagações.

Equívoco bastante frequente e que deve desde já ser espancado, é o de interpretar-se a singularidade como associado a algo extraordinário, altamente complexo, inovador. Definitivamente, não se pode confundir singularidade com exclusividade, ineditismo, complexidade ou mesmo raridade, conforme já se manifestou o próprio Tribunal de contas da União, em decisão unânime do Plenário, cujo voto condutor da lavra do eminente Ministro Benjamim Zymler deixou assim consignado:

“Nas contratações diretas por inexigibilidade de licitação, o conceito de singularidade não pode ser confundido com a ideia de unicidade, exclusividade, ineditismo ou raridade. O fato de o objeto poder ser executado por outros profissionais ou empresas não impede a contratação direta amparada no art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993. A inexigibilidade, amparada

13 *Eficácia nas Licitações e Contratos*. 11ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 305.

14 *Processo de licitação, contrato administrativo e sanções penais*, 2ª ed. Leme: Mizuno, 2007, p. 182.

15 *Contratação Direta Sem Licitação*, 9ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 609.



nesse dispositivo legal, decorre da impossibilidade de se fixar critérios objetivos de julgamento.” (Ac. 2.616/2015, Plenário, Rel. Benjamim Zimler)

Se fosse único ou inédito, seria caso de inexigibilidade por ausência de concorrentes e a contratação seria capitulada na cabeça do art. 25 da L. 8.666/93, e não em seu inciso II. A raridade, de per si, não elide a competição, pois o fato de o objeto ser prestado por poucos profissionais ou empresas não impede que estes disputem o objeto. O serviço de telefonia móvel é prestado por quatro ou cinco operadoras no País e nem por isso são serviços singulares (tampouco intelectuais), sendo normalmente licitados por todos os órgãos. Também a complexidade do objeto não acarreta a inviabilidade de competição. Há inúmeros objetos, altamente complexos nas áreas de telecomunicações, tecnologia da informação, petróleo e gás, que são normalmente licitados. O que dizer da licitação, por técnica e preço, da informatização do voto, em 1995. Tratava-se de um objeto absolutamente inédito, tanto em relação a projeto de hardware como para os programas que seriam utilizados, e nem por isso, a competição ficou inviabilizada. No raciocínio da raridade ou do ineditismo, fatalmente o TSE seria conduzido a declarar inexigível a licitação.

Outro erro muito comum é de associar a existência de pluralidade de executores com a viabilidade da competição. O fato de haver vários possíveis executores não é excludente da hipótese de singularidade, porquanto o que se discute é a impossibilidade de realização de cotejamento entre as várias alternativas presentes no mercado.

4.1 A IMPREVISIBILIDADE DO RESULTADO DA EXECUÇÃO COMO ELEMENTO IDENTIFICADOR DA SINGULARIDADE DO OBJETO A SER CONTRATADO

Como se demonstrou acima, os conceitos propostos na doutrina não esgotam a matéria, deixando ampla margem de subjetivismo para o aplicador da norma. Se analisados os inúmeros precedentes e casuísmos existentes na rotina diária das repartições públicas, percebe-se que há um elemento comum está presente em todos os serviços singulares, qual seja, o da imprevisibilidade ou incerteza do resultado da execução. O serviço é singular quando seu resultado não é previsível ou é incerto; quando o contratante, apesar de apontar as características do que pretende contratar, não tem como saber exatamente qual será o produto receberá com a conclusão da execução; é o serviço cujo resultado pode variar de executor para executor, ou seja, cada executor entrega coisa diferente do outro.

Quando o serviço não é singular, seu resultado é perfeitamente previsível, ou seja, o contratante sabe exatamente, desde a contratação, o que irá receber das mãos do executor antes mesmo da execução. E por isso mesmo, tem total possibilidade de identificar objetivamente sua inconsistência ou desconformidade com o que se contratou. Ao mesmo tempo, e justamente porque já sabe qual será o resultado da execução, a comparação entre os vários produtos entregues pelos vários possíveis executores se dá por meio de comparação absolutamente objetiva, permitindo perfeitamente o cotejamento entre as várias possíveis propostas. Cumpre deixar desde já consignado que não se está falando da variabilidade da forma de execução (metodologia), mas do resultado em si.



Um sistema informatizado de gerenciamento logístico pode ser construído a partir de diversas metodologias de produção (Flowcharting, SSDAM, programação Top-down, etc), mas o resultado será o mesmo e é previsível. Se o contratante quer um sistema que possibilite administrar o estoque e a logística de distribuição de materiais do almoxarifado, com a possibilidade de gerar relatórios gerenciais de demanda, de fluxo etc, o resultado será exatamente esse quem quer que o execute, muito embora, a arquitetura do sistema possa ser elaborada de modo variado de acordo com a metodologia empregada pelos diversos especialistas. Portanto, o serviço não seria singular, porquanto previsível o resultado. Veja-se outro exemplo.

Imagine que um órgão pretenda contratar um projeto arquitetônico (art. 13, I da L. 8.666/93), definindo as características que a edificação deverá apresentar, tais como: espaço para biblioteca que acomode 60.000 exemplares; um departamento de saúde com capacidade para atendimento ambulatorial para 10 pacientes simultâneos; vaga coberta para no mínimo 200 automóveis; que edificação possua sistema de captação de energia solar para conversão em energia elétrica. O resultado que será apresentado já é sabido mesmo antes de iniciada a execução (que é a elaboração do projeto). Ou seja, o contratante antes mesmo de receber os projetos dos profissionais, já sabe o que lhe será entregue, pois cada projeto contará com aquelas características solicitadas e, ainda que se diferenciem aqui e ali (tipo de fachada, materiais de acabamento etc), tais distinções não importariam em critério de avaliação. Logo o resultado é perfeitamente previsível, e, portanto, licitável. E se é previsível, a comparação entre os vários projetos a serem apresentados se dará de forma totalmente objetiva. Se um executor não contemplar o departamento de saúde, o projeto não será aceito; se não contemplar as vagas cobertas para a quantidade mínima de automóveis, também não será aceito. Todos que apresentarem os projetos contemplando as características exigidas seriam aprovados. E, nesse caso, a escolha poderia se dar pelo preço.

Mas, se o contratante solicitasse o mesmo projeto, porém, além daquelas características, exigisse que suas linhas arquitetônicas fossem capazes de transformar a edificação em um símbolo de modernidade a ponto de se tornar uma marca que tornará a cidade reconhecida internacionalmente, impregnando a memória afetiva das pessoas. Se a principal intenção fosse essa, os vários possíveis executores apresentariam seus respectivos projetos cada qual com a sua particular leitura dessa exigência, e o contratante não teria como conhecer antecipadamente o resultado. No serviço singular o resultado da execução é imprevisível, ou seja, o contratante faz o pedido, mas não tem ideia do produto que lhe será entregue.

No primeiro caso, as linhas arquitetônicas eram desimportantes; neste, constituem o elemento primordial. No primeiro caso, a comparação entre os vários resultados é objetiva; no segundo, a comparação, isto é, a verificação do atendimento da característica principal (linhas arquitetônicas que se tornem uma marca de modernidade para a cidade) é de ordem subjetiva,



sendo igualmente subjetiva a comparação entre os vários projetos executados, pois todos, sem exceção, segundo a leitura de seus respectivos autores, “atenderiam” ao requisito.¹⁶

Vamos a mais um exemplo.

Digamos que um Tribunal de Justiça deseje contratar um projeto de web design para o seu portal institucional na internet. Se a ideia é que o Portal ofereça informações da estrutura orgânica do órgão, história, currículo do desembargadores e também ofereça serviços ao usuário, como emissão de certidões e acesso à pesquisa de acervo da biblioteca e de jurisprudência, bem como andamento de processos, os vários profissionais poderão apresentar resultados diferentes (abas, janelas pop up, paletas de cores etc.). Mas ainda sim o resultado é previsível e objetivamente cotejável entre os projetos apresentados. Mas, se além daqueles requisitos, o projeto deverá contemplar arquitetura que “atraia o interesse do internauta”, não apenas dos usuários, visando integrar o órgão à sociedade, fica nítido que tal requisito dependerá de uma leitura personalíssima do executor. Essa característica inviabiliza qualquer previsão sobre qual resultado será apresentado.

5. NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO: REQUISITO FORMAL OU UMA NECESSIDADE?

Considerando que já foram enfrentados os dois primeiros requisitos para a configuração da inviabilidade de competição na contratação de serviços singulares, resta avançarmos sobre o último. Determinou-se o alcance do art. 13, da L. 8.666/1993, bem como foi visto como se detecta o elemento que torna singular o serviço. O próximo desafio é a caracterização da notória especialização do executor escolhido.

Em primeiro plano, bom que se diga que ao elencar como requisito intrínseco da inexigibilidade de licitação fundada no art. 25, II, da Lei regente da espécie, que a execução seja realizada por profissional ou empresa notória especialização, a norma intencionou, de fato, atribuir a execução do objeto a alguém que fosse notável no campo de sua especialidade relacionado com o objeto do contrato. Vimos, antes, que todo serviço é técnico e é especializado. Assim, ao determinar que os serviços tidos por singulares fossem executados por um notório especialista, reconheceu que o serviço singular não admite ser executado por qualquer profissional (ou empresa), mas por alguém especial. E faz todo o sentido com o conceito de singularidade que estabelecemos no capítulo anterior.

16 A cidade do Rio de Janeiro teve um caso icônico análogo à hipótese avençada. Tratou-se da contratação do renomado arquiteto Santiago Calatrava para a elaboração do projeto do que se tornaria o Museu do Amanhã, instalado na Zona Portuária da Cidade. Segundo Leonardo Mercher, (MUSEU DE ARTE DO RIO E MUSEU DO AMANHÃ: DUAS FERRAMENTAS À PARADIPLOMACIA CULTURAL DO RIO DE JANEIRO. Disponível em: https://seminarioculturavisual.fav.ufg.br/up/778/o/2013-031-eixo1_Leonardo_Mercher.pdf) os objetivos da construção do museu foi fortalecer a identidade cultural e internacional da cidade do Rio de Janeiro que sempre foi muito conhecida pelas suas praias e eventos, como o carnaval, mas havia a necessidade do fortalecimento da paradiplomacia cultural.



Convenhamos, se o resultado da execução é imprevisível e a comparação entre os vários executores e os respectivos conteúdos de suas propostas somente se dá a partir de critérios subjetivos, fica nítido que a execução deva ser entregue a quem possui algum atributo capaz de atrair a segurança necessária para a execução.

Se ficarmos no exemplo dos serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoas (art. 13, VI, da L. 8.666/1993), em que o principal condutor do aprendizado seja o docente, imagine que a execução ficasse a cargo de qualquer profissional (ainda que habilitado), não se considerando características subjetivas a ele inerentes, tais como capacidade didática, forma de condução de grupos etc.; nesse caso, a probabilidade de o resultado não ser satisfatório seria enorme. Trata-se de caracteres relacionados ao grau de confiança que o gestor deposita na pessoa do indicado, que é impossível de medição objetiva. Nesse sentido, o posicionamento do TCU:

“ENUNCIADO: A inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos. (TCU, Acórdão no. 2.762/2011-Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer)

Assim, desponta com clareza que a presença do notório especialista não é um mero requisito formal, mas uma verdadeira necessidade a ser atendida com probidade pelo Gestor, uma vez que a contratação envolve objeto de resultado não previsível.

5.1 O RECONHECIMENTO DA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO

Ao contrário do conceito de singularidade, a norma regente da espécie se ocupou de delinear o conceito de notória especialização. E o fez de forma bastante pragmática, muito embora, nos corredores e mesas de trabalho de gestores e assessorias jurídicas ainda se acaloram intensos debates. A redação do dispositivo, à primeira vista, traz uma falsa ideia de que notório especialista deva ser amplamente conhecido, famoso mesmo. Não é bem assim. Basta uma leitura um pouco mais atenta para se alcançar o ponto nodal do texto da lei, o que solucionará eventuais impasses. Senão vejamos:

Art. 25 - Omissis

(...)

§ 1º - Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, **permita inferir** que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. (grifo acrescentado)



Do texto acima transcrito não é possível encontrar nada que chegue perto da ideia de fama ou algo do gênero. Notório especialista é o profissional (ou empresa) que nutre entre seus pares, ou seja, “...no campo de sua especialidade...” a partir do histórico de suas realizações, quer dizer “...decorrente de desempenho anterior...ou de outros requisitos relacionados com suas atividades...” elevado grau de respeitabilidade e confiança, de forma que se “...permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.”

O parágrafo sub examine indica a referência a partir de quais peculiaridades ou requisitos serão considerados idôneos para aferir se um profissional é ou não notório especialista, a saber: “... desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica...”. Mais ainda. A expressão “...ou de outros...” dá bem o tom de rol exemplificativo desses requisitos. O legislador admite, portanto, que outros conceitos e requisitos, não ditados no texto expresso da lei, podem servir de base à conclusão de que o profissional escolhido é o mais adequado à satisfação do contrato. Nota-se também, que a enumeração dos requisitos é alternativa. Significa que não é obrigatório que estejam todos contemplados na justificativa da escolha, bastando apenas o apontamento de um deles para balizar a escolha. É bom que se diga que essa análise deve estar relacionada com as finalidades do objeto. Para Marçal Justen Filho¹⁷ a notória especialização “dependerá do tipo e das peculiaridades do serviço técnico-científico, assim como da profissão exercitada.” Um exemplo bem ilustrará a aplicação prática deste conceito.

Se uma determinada Secretaria Estadual de Segurança Pública, viesse a organizar evento sobre criminalidade e segurança pública, e pretendesse contratar um policial civil para proferir uma palestra direcionada aos policiais civis, militares e corpo de bombeiros sobre o tema “Ética na abordagem policial”, sob o argumento de que se trataria de um profissional altamente respeitado no meio policial, em nada importaria se o escolhido possui formação acadêmica de nível médio, sem nenhum livro ou artigo publicado e sem histórico na atividade docente ou como conferencista. Afinal, o que teria motivado a escolha do profissional seria outros atributos efetivamente relevantes para o alcance dos resultados esperados, que seria o fato de se tratar de profissional muito conhecido e respeitado no meio policial pela sua lisura, ética e retidão no exercício das suas atividades. Tais atributos certamente renderiam resultados adequados justamente porque suas palavras seriam melhor assimiladas pelo público alvo a que se destinava a palestra. Nesse, como não reconhecer notória especialização?

Como dito antes, para os objetivos da palestra, pouco ou nenhuma importância há se o profissional possui nível superior; se já publicou artigos e livros. A palestra era operacional e o palestrante escolhido reuniria as condições que permitiam inferir que ele, no caso concreto, era indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação dos interesses da Administração. Claro, se a palestra tivesse tema mais complexo, por exemplo, sobre Processo Penal, dirigida a Magistrados, Promotores e Procuradores de Justiça, faltar-lhe-ia requisitos importantes justamente por não se tratar de “seu campo de especialidade”. Mas para esse mesmo público alvo, caso o tema da palestra fosse algo relacionado à atividade operacional do policial, para esse fim, mais uma vez poderia ser considerado notório especialista.

17 *Op. Cit.*, p.371.



5.2 O CARÁTER DISCRICIONÁRIO DO ATO DE ESCOLHA DO EXECUTOR

Não há discrepância na doutrina, tampouco na jurisprudência, quanto ao entendimento, bastante espancado neste trabalho, de que a singularidade não significa exclusividade. Se assim o fosse, tratar-se-ia de inviabilidade fática de licitação, tal qual o é a aquisição de produto exclusivo, e a contratação fundar-se-ia na cabeça do artigo 25 da norma geral de licitações. Logo, para a execução do serviço certamente haverá algumas alternativas dentre as quais uma deverá ser selecionada pela autoridade competente.

José dos Santos Carvalho Filho¹⁸ aponta que a norma não é capaz de ditar com rigor todas as condutas que um agente administrativo deve assumir para exercer as funções que lhe são cometidas. Ante essa impossibilidade, para variadas situações a “própria lei oferece a possibilidade de valoração da conduta”. São os casos em que o agente, para expedir o ato, avaliará, com seu sentir íntimo a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar porquanto na qualidade de administrador dos interesses coletivos. É exatamente o que ocorre no presente caso.

Ao conceituar “notória especialização”, o dispositivo legal encerra com a expressão “que permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”. Não restam dúvidas de que essa escolha dependerá de uma análise subjetiva da autoridade competente para celebrar o contrato. Nem poderia ser diferente, pois se a escolha pudesse ser calcada em elementos objetivos a licitação não seria inviável. Ela é impossível justamente porque há impossibilidade de comparação objetiva entre as propostas.

Conseqüentemente, uma vez que a escolha se dará por meio de uma avaliação subjetiva, ou seja, juízo de valor pessoal de quem detém a competência para realizar a escolha, partir da soma de informações sobre a pessoa do executor (experiências, publicações, desempenho anterior etc), em comparação com esses dados dos demais possíveis executores, nítido está que a escolha é essencialmente discricionária. Será a autoridade competente que, respeitando o leque de princípios a que se submete a atividade administrativa, notadamente, legalidade, impessoalidade, indisponibilidade do interesse público e razoabilidade, e ainda, sopesando as opções à sua disposição, com fulcro em seu juízo de conveniência, indicará aquele que lhe parecer ser o “indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.” Mais uma vez nos socorreremos de excerto do já citado Acórdão 439/98-Plenário, TCU, que traz citação de brilhante lição de Eros Roberto Grau:

“Sobre a prerrogativa da Administração de avaliar a notória especialização do candidato, invocamos novamente os ensinamentos de Eros Roberto Grau, na mesma obra já citada: ‘...Impõem-se à Administração - isto é, ao agente público destinatário dessa atribuição - o dever de inferir qual o profissional ou empresa cujo trabalho é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado àquele objeto. Note-se que embora o texto normativo use o tempo verbal presente (‘é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato’), **aqui há prognóstico, que não se funda**

18 *Manual de Direito Administrativo*. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 36



senão no requisito da confiança. Há intensa margem de discricionariedade aqui, ainda que o agente público, no cumprimento daquele dever de inferir, deva considerar atributos de notória especialização do contratado ou contratada.’ (Eros Roberto Grau, in *Licitação e Contrato Administrativo - Estudos sobre a Interpretação da Lei*, Malheiros, 1995, pág. 77) (grifamos)

Em relação a essa afirmação, no mesmo precedente, encontramos as palavras de Jacoby, *in verbis*:

“Portanto, cabe ao administrador avaliar se determinado profissional é ou não notório especialista no objeto singular demandado pela entidade, baseando-se, para tal julgamento, no desempenho anterior do candidato e nas demais características previstas no § 1º do art. 25 da Lei de Licitações. Quem, senão o administrador, poderá dizer se determinado instrutor é ‘essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato’, (...) Apenas ele, mediante motivação em que relacione as razões da escolha, poderá identificar no professor ou na empresa contratada os requisitos essenciais impostos pelas particularidades do treinamento pretendido. (‘in’ *Contratação Direta sem Licitação*, Brasília Jurídica, 1ª ed., 1995, pág. 306) (grifo acrescentado)

É idêntica a posição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹, que, com a habitual precisão, esclarece que:

“É natural, pois, que, em situações deste gênero, a eleição do eventual contratado — a ser obrigatoriamente escolhido entre os sujeitos de reconhecida competência na matéria — recaia em profissional ou empresa cujos desempenhos despertem no contratante a convicção de que, para o caso, serão presumivelmente mais indicados do que os de outros, despertando-lhe a confiança de que produzirá a atividade mais adequada para o caso. Há, pois, nisto, também um componente inelimitável por parte de quem contrata.”

O requisito da confiança também foi reconhecido pela Suprema Corte, na caracterização da notória especialização, ao apreciar o Inquérito n. O 3077-AL a cuja relatoria coube ao Min. Dias Toffoli:²⁰

“Penal e Processual Penal. Inquérito. Parlamentar federal. Denúncia oferecida. Artigo 89, caput e parágrafo único, da Lei n. 08.666/93. Artigo 41 do CPP. Não conformidade entre os fatos descritos na exordial acusatória e o tipo previsto no art. 89 da Lei n. o 8.666/93. Ausência de justa causa. Rejeição da denúncia. (...) 2. As imputações feitas aos dois primeiros

19 *Op. Cit.*, p. 507.

20 DJe-188, de 25-9-2012



denunciados na denúncia, foram de, na condição de prefeita municipal e de procurador geral do município, haverem declarado e homologado indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para contratação de serviços de consultoria em favor da Prefeitura Municipal de Arapiraca/AL. **3. O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança.** Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuíam notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ilegalidade inexistente. Fato atípico. (...) 5. Ausentes os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não há justa causa para a deflagração da ação penal em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei n. 08.666/93. 6. Acusação, ademais, improcedente (Lei n. 08.038/90, art. 6. caput).”

Destarte, não pode, pois, ser subtraído do próprio alvitre da autoridade, e só a ela competirá, a decisão sobre qual notório especialista deva recair a contratação. O que não se admitirá é que a escolha não seja calcada em argumentos que não se direcionem à conclusão de que o escolhido possui notória especialização, nem tampouco que os atributos indicados sejam flagrantemente desarrazoados; que a escolha seja pautada por um capricho ou uma preferência meramente pessoal. Entre vários profissionais ou empresas, a autoridade poderá, sim, optar pelo que se mostrar, em seu sentir, mais adequado, mesmo que seja autor da proposta mais elevada. Em resumo, a notória especialização é caso de eleição do gestor, com base na confiança que este deposita no indicado, confiança essa que decorre da identificação de algum atributo que lhe permite intuir (inferir) que o resultado da execução será adequado aos fins pretendidos.

5.3 QUANDO O NOTÓRIO SABER É DO PROFISSIONAL E QUANDO É DA EMPRESA

Outro questionamento de ordem prática que comumente é suscitado é o problema de se identificar se é a empresa ou o profissional o detentor da notória especialização. Em princípio, pode parecer um obstáculo de simples solução. É que o art. 25, II da Lei cita ambos a partir do emprego da conjunção alternativa ou (...com profissionais ou empresas...). De fato, a norma admite que possa ser considerado notório especialista tanto a pessoa física — o profissional — como a pessoa jurídica. Quanto ao profissional, não há qualquer dificuldade de reconhecimento.

Cumprir destacar que a empresa (pessoa jurídica), para ser considerada notória especialista, deve haver indicação de atributos correlacionados com a atividade empresária. Do rol exemplificativo de atributos sugeridos no § 1º do art. 25 da L. 8.666/1993, extrai-se de forma direta: desempenho anterior, organização, aparelhamento, equipe técnica. Se o gestor indicou para execução do serviço singular uma sociedade empresária, significa que os atributos que o conduziram à percepção de que ela era a mais adequada à plena satisfação do objeto devem se referir à estrutura empresarial.



Não que os demais atributos arrolados no dispositivo citado, ou outros, como ele mesmo sugere, não possam ser considerados. Mas, e.g., se o atributo for estudos ou publicações, só poderá ser considerada notória especialista quando a própria empresa for responsável pela produção técnica ou científica que deu azo à sua escolha.

No segmento de treinamento e consultoria, por exemplo, há três tipos de empresas: a) as de organização de eventos; b) as de consultoria, ensino e pesquisa; e, c) as constituídas pelos profissionais notórios especialistas.

As empresas organizadoras de eventos, não possuem produção técnica ou científica. Se ocupam exclusivamente em captar no mercado, profissionais renomados para que se apresentem nos eventos por ela organizado. Em geral, os conteúdos dos cursos ou das palestras são de autoria destes profissionais, e não das empresas. Elas atuam na divulgação do evento, na captação de inscrições, na reprodução do material didático. Também se responsabilizam por toda a logística para a realização do evento, tanto no que concerne ao espaço, sonorização, equipe de apoio, como para os palestrantes ou conferencistas, providenciando passagens, reservas de hotéis, traslados, alimentação e, claro, seus honorários.

Em um primeiro momento pode-se pensar que atividades acima descritas são perfeitamente licitáveis, e não justificaria o afastamento do Dever Geral de Licitar. Todavia, o que deve ser considerado é a capacidade técnica da empresa em organizar um evento com nível técnico de excelência. Nessa ordem de ideias, uma empresa que organiza e executa um seminário com os nomes mais renomados do segmento, é, sem dúvida, notória especialista, na medida em que possui capacidade de atrair e reter profissionais de renome do mercado. Assim, poder-se-ia indicar, tranquilamente, como atributos de notória especialização o desempenho anterior e equipe técnica.

No segundo grupo, vêm as instituições ou empresas cujo objetivo social é voltado ao ensino e pesquisa, seja ela vinculada ao poder público ou de natureza privada, com ou sem fins lucrativos, a escolha certamente se dará em função dos atributos de publicações, estudos, experiências, ou seja, da produção técnica ou científica que leva a assinatura da instituição, ou seja, aquilo que confere notoriedade para a instituição, tais como, cursos cuja autoria é da empresa, anuários, periódicos, relatórios, pesquisas, além daqueles requisitos exemplificados no §1º do art. 25, II, ou seja, “...organização, aparelhamento, equipe técnica...”.

Finalmente, no terceiro grupo, temos as empresas que são formadas exclusivamente pelos profissionais. Estas empresas não dispõem de grandes estruturas empresariais (não raro, nenhuma estrutura), porquanto são formadas exclusivamente por um ou um pequeno grupo de profissionais. Tais profissionais constituem empresas para viabilizar a contratação, considerando que, como pessoa física remunerado por meio de Recibo de Pagamento a Autônomo-RPA é mais dispendioso para o contratante, pois além dos honorários, o contratante deve recolher 20% da remuneração ao INSS, o que eleva a despesa total. Assim, as organizações evitam contratar por essa forma, a saída encontrada é a abertura de PJs.

Neste específico caso, os atributos da notória especialização podem recair no próprio profissional, pois, em verdade, a pessoa jurídica apenas dá suporte formal à contratação, mas a contratação se deu em razão dos atributos pessoais daquele profissional.



5.4 A CRITERIOSA ESCOLHA DO EXECUTOR

Reconhecendo que a eleição do profissional é uma decisão essencialmente discricionária, mas que, ao mesmo tempo, deve fundar-se em argumentos razoáveis, relevantes e verídicos, ao comparar-se os profissionais, ver-se-á que mais de um reúne excelentes condições de execução do objeto. Após a análise dos requisitos que o §1º, do art. 25 enumera (não se nega que são exemplificativos, ao mesmo passo que constituem eficiente bússola a orientar a análise) a indicação poderá ser direcionada por razões, que, talvez, isoladamente, não seriam suficientes para tanto. Sejamos práticos.

Digamos que um hospital público pretenda contratar um professor para ministrar curso de elaboração de termo de referência destinado aos servidores das áreas técnicas responsáveis pela especificação de insumos e equipamentos médico-hospitalares. Em pesquisa, verificou-se que há vários ótimos profissionais no mercado, com formação acadêmica, publicações importantes e vasta experiência docente no tema e com ótimas avaliações, estando três deles disponíveis para o projeto. Em qual deles poderia recair a escolha? Qualquer um. Assim, a autoridade competente terá de traçar algum parâmetro que justifique sua decisão. Dentre os três profissionais disponíveis um demonstrou ter ministrado anteriormente o treinamento em tela em hospitais públicos. Seria justificável a sua escolha exatamente por esse aspecto. A autoridade competente poderia inclinar-se licitamente na direção deste, sob a justificativa de que “dentre os profissionais disponíveis, este seria o mais adequado por ter vivenciado a experiência de ministrar cursos em órgãos da Saúde Pública, o que permite inferir que sua expertise docente conta com o conhecimento das peculiaridades inerentes aos produtos e equipamentos que habitualmente são adquiridos nessas unidades administrativas.

6. A CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS SINGULARES NO SISTEMA S E NAS ESTATAIS

É bastante cediço que o inciso XXI do art. 37, da CRFB tem como principal norma regulamentadora a Lei no. 8.666/1993. É igualmente sabido que nem todas as organizações submetidas ao dever geral de licitar operam seus respectivos procedimentos licitatórios a partir das disposições daquele diploma legal, tanto que há várias leis estaduais e municipais nesse sentido. Todavia, as disposições dessas normas locais, em geral, não se afastam do que prevê a Lei Federal, não carregando maior dificuldade em termos de interpretação e aplicação. Mas esse não é o caso das normas sobre licitações das Estatais e das entidades do chamado Sistema S.

Em ambas disposições, encontrar-se-ão normas que são tratadas de modo bastante diverso das encontradas na L. 8.666/1993 e que exigem do intérprete um cuidado maior a fim de que não haja violação a preceitos constitucionais. E esse é justamente o caso das respectivas disposições que cuidam da contratação de serviços singulares com notórios especialistas. Daí porque se faz pertinente dedicarmos um capítulo especial sobre tais normativos.

Começemos pela norma que regulamenta as licitações das empresas públicas e sociedades de economia mista, a Lei Federal no. 13.303/2016, que assim dispõe:



Art. 30. A contratação direta será feita quando houver inviabilidade de competição, em especial na hipótese de:

[...]

II - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Note que, comparando com o teor do art. 25, II da Lei no. 8.666/1993, temos duas diferenças, uma delas bastante significativa.

A primeira, de menor relevo, é que o próprio dispositivo lista os serviços que podem ser submetidos a essa excepcional forma de contratação. Já a lei federal faz remissão à seção que trata dos serviços técnicos especializados. Nada obstante, a Lei das Estatais manteve a expressão que, como visto no capítulo 3 deste trabalho, não se explica de per si, pois todo serviço é técnico e é especializado. Do mesmo modo que na Lei geral de Licitações, aqui deve-se interpretar que o rol constante dos incisos do art. 30 é exemplificativo e que a expressão significa serviço executado de forma predominantemente intelectual.

A segunda distinção é bem mais importante. O dispositivo sub examine não acolheu a expressão singular que compõe a norma correlata na Lei Geral de Licitações e Contratos.

A ausência da referida expressão pode conduzir a uma interpretação não consentânea com o preceito constitucional suso mencionado. Isto porque pode atrair a falsa ideia de que os



serviços listados nos seus incisos são presumidamente impossíveis de cotejamento de propostas, o que não é verdade, conforme vimos nos capítulos anteriores deste trabalho.

A despeito de não se ter utilizado uma expressão que identifique a inviabilidade de licitação, certo é que somente pode ser viabilizada a adjudicação direta, com fulcro nesse dispositivo se ficar demonstrada a inviabilidade de competição, o que só ocorre quando o serviço contém uma característica que o torne singular, pois este é o elemento que inviabiliza o cotejo entre as propostas por meio de critérios objetivos de comparação.

Em Relação ao Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema S²¹ o texto parece ser até mais flexível do que na Lei no. 13.303/2016, senão vejamos:

art. 10. A licitação será inexigível quando houver inviabilidade de competição, em especial:

[...]

II) na contratação de serviços com empresa ou profissional de notória especialização, assim entendido aqueles cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com sua atividade, permita inferir que o seu trabalho é o mais adequado à plena satisfação do objeto a ser contratado;

Cumpra anotar que há muito se tem sólido o reconhecimento de que as entidades do Serviço Social Autônomo, a despeito de estarem submetidas ao disposto no art. 37, XXI da CRFB, por não integrarem a Administração Pública, não se sujeitam especificamente aos ditames da Lei no. 8.666/1993, mas se submetem aos princípios gerais da administração pública:

1.1 – improcedente, tanto no que se refere à questão da “adoção” pelo SENAC/RS, da praça pública Daltro Filho, em Porto Alegre – RS, quanto no que tange aos processos licitatórios, **visto que, por não estarem incluídos na lista de entidades enumeradas no parágrafo único do art. 1º da Lei 8.666/93, os serviços sociais autônomos não estão sujeitos à observância dos estritos procedimentos na referida lei, e sim aos seus regulamentos próprios devidamente publicados;** (TCU, Decisão 907/1997 – Plenário, Min. Rel. Lincoln Magalhães da Rocha).⁶ (grifos nossos)

A fiscalização a ser exercida sobre esses entes deve-se ater mais à efetividade na concretização de seus objetivos e metas do que à observância dos estritos procedimentos da Lei nº 8.666/93, sendo permitida a elaboração de regulamentos internos de licitações e contratos com procedimentos

21 Esclareça-se que cada entidade possui o seu Regulamento próprio, porém, neste trabalho estamos tratando de forma genérica pelo fato de que a redação do dispositivo que trata da dispensa e da inexigibilidade é mesma para todas as entidades.



simplificados e adequados às especificidades daquelas entidades, obviamente respeitados os princípios constitucionais e legais aplicáveis à despesa pública.” (Acórdão 139/99 – Primeira Câmara).

18. De fato, assiste razão ao recorrente quando afirma que as entidades do “Sistema S” não se sujeitam à estrita observância da Lei 8.666/1993, visto que possuem regulamentos próprios, submetendo-se apenas subsidiariamente aos ditames da Lei de Licitações. Todavia, tais entidades estão sujeitas à observância dos princípios que regem as contratações públicas e devem seguir os postulados gerais relativos à Administração Pública, em especial no que tange à execução de despesas (vide Acórdãos 744/2017-Plenário, 7.596/2016-1ª Câmara, 1.584/2016-Plenário, 3.239/2013-Plenário). (TCU. Acórdão nº. 10.312/2017 – 1ª Câmara, Rel. Min. Benjamim Zymler, julg. em 14/11/2017).

Assim, o fato de o Regulamento de Licitações e Contratos do Sistema S ser a norma a ser observada, não afasta o dever de serem observados os princípios que norteiam a atividade estatal e, dentre eles, está o do dever geral de licitar, cuja exceção somente pode ser autorizada por lei, em sentido formal, conforme já decidido pelo Tribunal de Contas da União:

As entidades do Sistema S não podem inovar na ordem jurídica, por meio de seus regulamentos próprios, instituindo novas hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação, haja vista que a matéria deve ser disciplinada por norma geral, de competência privativa da União..” (TCU, Acórdão. 1.785/2013, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer, julg. em 10/07/2013)

Note-se que o art. 10, II do Regulamento do Sistema S sequer aponta uma lista de serviços que admitem a contratação direta sob esse fundamento. A norma, em interpretação literal, admitiria que, qualquer que fosse o serviço, desde que prestado por notório especialista, teria o dever geral de licitar afastado, o que está longe de ser verdadeiro. A uma, porque já afastamos a ideia segundo a qual a presença do notório especialista torna o objeto singular; a duas, pelo fato de que, do modo como está redigida, a norma daria ao Gestor da entidade um poder discricionário para afastar o dever de licitar, pois, sempre que desejasse não realizar a licitação, bastaria escolher um notório especialista, o que é inadmissível. A respeito do referido dispositivo normativo assim já se manifestou o Tribunal de Contas da União:

(...) 5.2 ao Serviço social do Comércio – Conselho Nacional, para que adote providências a fim de alterar o art. 10, inciso II, da Resolução SESC no. 1.012/2001, a fim de incluir no Regulamento de Licitações e de Contratos do Sistema SESC a expressão ‘serviços técnicos de natureza singular’, a fim de evitar, portanto, a utilização da notória especialização, com caráter essencialmente subjetivo. (TCU, Ac. 551/2003, Segunda Câmara, Rel. Min. Lincoln Magalhães Rocha, julg. em 10/04/2003²²)

22 No mesmo sentido: Ac. 2.843/2003, Primeira Câmara; Ac. 1.664/2004, Primeira Câmara; Ac. 1.357/2005, Segunda Câmara



Sendo assim, tanto as empresas públicas e sociedade de economia mista, como as entidades do chamado Sistema S, apesar de possuírem normas com redação que não apresenta a expressão serviços singulares, ao contratar com fundamento, respectivamente, no art. 30, II da L. 13.303/2016; e, art. 10, II do Regulamento de Licitações e Contratos, devem caracterizar a natureza singular do objeto a justificar a inviabilidade de licitação.

7. A JUSTIFICATIVA DE PREÇOS NA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS SINGULARES

Como em qualquer contratação, a inexigibilidade de licitação também exigirá ações de planejamento econômico da administração contratante. É corolário do princípio da eficiência, insculpido no caput do art. 37, da Carta Política de 1988. A Lei no. 8.666/1993 carrega, em seu art. 26, parágrafo único, disposição expressa nesse sentido:

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

(...)

III - justificativa do preço.

Mas, como se vê do texto acima transcrito, a norma é incipiente. Não faz menção a nenhum procedimento ou rotina a ser adotado, deixando, em princípio, ao nuto do agente responsável, a forma de atendimento deste dever. Isto vem causando uma série de distorções e enganos, muitas vezes inviabilizando tais contratações.

Em primeiro lugar, cumpre estabelecer quais são os objetivos primários da justificativa de preço nas contratações por inexigibilidade de licitação, pois essa especialíssima forma de contratar carrega traços que a tornam bem peculiar se comparado às demais contratações (por licitação).

Nos casos de inexigibilidade de licitação, a escolha do executor é direta e discricionária; ora em razão de não haver outros competidores aptos a disputar a oportunidade de negócio (fornecedor exclusivo), ora porque, a despeito de haver vários possíveis executores, não é possível estabelecer, entre eles, critérios objetivos de comparação de propostas (serviços singulares e profissionais do setor artístico). Não seria admissível, entretanto, que um dado executor, valendo-se de ser único no mercado, ou de deter a confiança pessoal do contratante, elevar arbitrariamente seus preços, tornando a Administração refém da sua atividade, alvitando ganhos que em condições normais de mercado não seria possível obter.

Sendo assim, a pesquisa de mercado nessas contratações, além do dever de planejamento insito da atividade administrativa, visa verificar se o preço proposto pelo escolhido está de acordo com o mercado, isto é, se é compatível, aproximado com o preço praticado pelos seus pares. Mas não só isso. Ainda que o preço esteja de acordo com o mercado, deve ser também alvo da avaliação se a despesa surge como razoável, ou seja, se a despesa ficará



compensada pelos benefícios pretendidos com a contratação, conforme entendimento já pacificado pelo TCU:

“Justifique detalhadamente, em todas as contratações diretas, a razoabilidade dos preços contratados, de maneira a evidenciar com documentos que essa opção e, em termos técnicos e econômicos, a mais vantajosa para a Administração Pública, conforme dispõem o Acórdão no 2.094/2004 – Plenário e art. 24, VIII, da Lei no 8.666/1993.” (Acórdão 1330/2008 Plenário)

Dito isto, e retornando ao problema metodológico, o Tribunal de Contas de União, buscando clarear um pouco esse terreno, já se manifestou em várias oportunidades sobre o dever de justificar preços nas contratações diretas, tendo, como um dos seus principais paradigmas, o seguinte precedente:

“ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. determinar ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq que:

(...)

9.1.2. nas dispensas ou inexigibilidades de licitação, faça constar nos autos as necessárias justificativas da despesa, atendendo a exigência constante no artigo 26, caput, da Lei 8.666/1993;

9.1.3. quando contratar a realização de cursos, palestras, apresentações, shows, espetáculos ou eventos similares, demonstre, a título de justificativa de preços, que o fornecedor cobra igual ou similar preço de outros com quem contrata para evento de mesmo porte, ou apresente as devidas justificativas, de forma a atender ao inc. III do parágrafo único do art. 26 da Lei 8.666/1993; (Ac. 819/2005-Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer)

O caso concreto analisado pelo TCU envolvia justamente a inexigibilidade de licitação para contratação de serviços singulares (“...cursos, palestras...” – vide TCU, Decisão 439/1998-P) e de profissionais do setor artístico (“...apresentações, shows, espetáculos ou eventos similares...”). Mas, nota-se que essa orientação não atende verdadeiramente as peculiaridades dessas hipóteses.

Ao orientar o agente a justificar o preço do executor escolhido com base na sua própria precificação (contratos anteriores), a Corte Federal de Contas, com as devidas vênias, parte da equivocada premissa de que nessa espécie de contratação não haveria pluralidade de mercado. Veja-se que o Acórdão acima transcrito, firma entendimento de que bastaria a demonstração de que o executor vem cobrando “igual ou similar preço de outros com quem contrata para evento de mesmo porte”.



Mas, como já dito, a inexigibilidade de licitação para contratação de serviços singulares, assim como para contratação de profissionais do setor artístico, tem como fundamento a impossibilidade de comparação objetiva entre as propostas dos possíveis executores, que podem ser vários. Logo, o mercado é plural. E sendo assim, é ele – o mercado – que deve ser consultado, não apenas o escolhido. Nesse sentido e mais recentemente, o TCU, deixou consignado que:

Os processos de inexigibilidade de licitação devem ser instruídos com a devida justificativa de preços, ou, ainda, com pesquisa comprovando que os preços praticados são adequados ao mercado, sendo a falha nesse procedimento passível de aplicação de multa. (Ac. 2.724/2012 – Segunda Câmara – Enunciado – grifo acrescido)

Não haverá ilegalidade alguma, nem mesmo violação da moralidade ou da ética, caso o profissional escolhido venha a rever seus preços anteriores, passando a cobrar um valor maior do que vinha praticando nas últimas contratações, desde que se mantenha de acordo com o mercado. Há inúmeras situações que justificariam a mudança de padrão profissional, como por exemplo, um palestrante vir a receber um importante prêmio literário por obra de sua autoria. Essa circunstância alteraria imediatamente seu padrão profissional, elevando-o, e tornando seu trabalho mais valorizado.

Por isso mesmo, será absolutamente necessário que o agente responsável pela instrução do processo, ao pesquisar o mercado, faça a comparação do preço com outros possíveis executores que estejam inseridos dentro do mesmo padrão profissional do escolhido. Se a ideia de uma Secretaria Municipal de Cultura é contratar um “Trio Pé-de-Serra” local para animar a festa de aniversário da cidade, não pode comparar seus preços com o de um artista ou banda de projeção nacional, pois vivem em mundos profissionais totalmente diferentes.

Assim, a pesquisa deve ser realizada consultando os vários possíveis contratados e a justificativa de razoabilidade dos preços ficará dependente da demonstração de que o preço cotado pelo escolhido e aceito pela administração encontra-se dentro da faixa aceitável de mercado.

A exceção a essa regra, tem-se os casos em que o profissional se acha em um patamar profissional que não admita comparação de valores. São os casos de profissionais com grande prestígio no mercado, os chamados medalhões, cuja precificação é impossível de estabelecer um paralelo. Se, por exemplo, o órgão/entidade pretende contratar uma palestra de um ex-Chefe de Estado, nacional ou estrangeiro, mesmo havendo vários outros Chefes de Estado palestrantes, seus preços são incomparáveis pelo fato de ocuparem um lugar próprio, de destaque no segmento em que atua. Para esses casos, adotar-se-á a metodologia para a investigação de preços que se faz para os casos de inexigibilidade de licitação por exclusividade absoluta, verificando os preços anteriores do próprio escolhido.

Por fim, por compatibilidade de mercado não se deve entender preço médio ou o menor preço dentre os possíveis executores. Se fosse possível escolher pelo preço, certamente estaríamos diante de uma hipótese de objeto licitável, e não é o caso.



José dos Santos Carvalho Filho²³ aponta que a norma não é capaz de ditar com rigor todas as condutas que um agente administrativo deve assumir para exercer as funções que lhe são cometidas. Ante essa impossibilidade, para variadas situações a “própria lei oferece a possibilidade de valoração da conduta”. São os casos em que o agente, para expedir o ato, avaliará, com seu sentir íntimo a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar porquanto na qualidade de administrador dos interesses coletivos. É exatamente o que ocorre em casos como esses. Quanto à escolha do profissional ou empresa de notória especialização que executará o serviço singular (art. 25, II c/c § 1º, da L. 8.666/1993), assim discorreu, em lição lapidar, Eros Roberto Grau:

“Impõem-se à Administração - isto é, ao agente público destinatário dessa atribuição - o dever de inferir qual o profissional ou empresa cujo trabalho é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado àquele objeto. Note-se que embora o texto normativo use o tempo verbal presente (‘é, essencial e indiscutivelmente, o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato’), **aqui há prognóstico, que não se funda senão no requisito da confiança**. Há intensa margem de discricionariedade aqui, ainda que o agente público, no cumprimento daquele dever de inferir, deva considerar atributos de notória especialização do contratado ou contratada.” (in Licitação e Contrato Administrativo - Estudos sobre a Interpretação da Lei, Malheiros, 1995, pág. 77) (grifamos)

Logo, ao decidir pela pessoa do executor, mesmo que na fase de investigação de mercado se tenha encontrando profissionais ou empresas com preços menores do que aquele cotado pelo escolhido, o administrador manterá seu poder discricionário, devendo, como já dito acima, justificar a razoabilidade da despesa.

8. CONCLUSÕES

Já tivemos oportunidade de reconhecer²⁴ que as contratações fundadas nas exceções ao dever de licitar (dispensa e inexigibilidade de licitação) geram grande desconfiança quando submetidos ao controle de legalidade, tanto prévio (art. 38, VI, da L. 8.666/1993), quanto a posteriori (CF, art. 70), porquanto costumam apresentar elevados índices de irregularidades e falhas processuais, o que acaba acarretando maior rigor na investigação por parte desses órgãos. Tal rigor, via de consequência, provoca certo melindre, um verdadeiro “temor geral” nos setores responsáveis em instruir os processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, bem como nas mesas de trabalho das assessorias jurídicas e do controle interno, que, não raro, acabam sendo também mais rigorosos do que o necessário, vindo embaraço onde ele não existe.

23 *Manual de Direito Administrativo*. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 36

24 CHAVES, Luiz claudio de Azevedo. Contratação de serviços de treinamento e aperfeiçoamento de pessoal na Administração Pública: uma breve análise da Decisão 439/98, Plenário do TCU. Revista do TCU, no. 129, Jan/Abr/2014, p.73



O esforço de tentar elucidar o conceito de singularidade encontra razão no fato de que os diversos órgãos e entidades do Poder Público, na difícil tarefa de bem conduzir suas políticas de gestão, não raro, se deparam com a necessidade de realizar contratações que não se compatibilizam com a ideia de comparação objetiva de propostas. Mas a insegurança dos setores técnicos, os variados entendimentos jurídicos e o, não menos desprezível, temor pela prática de ilegalidades que possam ser detectadas pelo Controle Externo, muitas vezes conduzem a contratações (por licitação) ruins e prejudiciais ao interesse público, ou mesmo à inviabilização dos projetos. Por lado outro, as conceituações clássicas do requisito da singularidade, possibilitam manter as portas da ilegalidade escancaradas, pois o enquadramento do serviço como sendo singular a partir de considerá-lo, peculiar ou incomum dependerá basicamente da valoração subjetiva do agente que o define.

Diante de todo o exposto, é possível oferecer a seguinte síntese:

- a. a contratação sem licitação, fulcrada no art. 25, II da L. 8.666/1993 exige a presença de três elementos, cuja instrução do processo deverá segui-los de forma rigorosa, a saber: (i) o serviços ser considerado técnico-especializado, constante do art. 13 da mesma Lei; (ii) possuir características que o tornem singular; e, (iii) ser executado por profissional ou empresa de notória especialização;
- b. por serviço técnico-especializado, deve-se entender serviços cuja execução seja predominantemente intelectual, podendo, inclusive, não estar arrolado nos incisos do art. 13, que é de natureza exemplificativa;
- c. singularidade não pode ser confundida com complexidade, raridade, ineditismo ou exclusividade, pois há serviços que são raros e complexos, mas que permitem competição entre os executores;
- d. singular é o serviço cujo resultado da execução, em razão das suas características, é imprevisível, ou seja, o contratante não faz qualquer idéia do que irá receber das mãos do executor, a execução dependerá de uma leitura personalíssima de cada executor;
- e. notório especialista é o profissional ou a empresa que apresenta algum atributo relacionado a sua atividade profissional ou empresarial, que permite ao gestor inferir (intuir, deduzir, concluir) que se trata do indivíduo mais indicado para a plena satisfação do objeto;
- f. a notória especialização não se caracteriza pela formação acadêmica ou pela fama do executor;
- g. não basta a presença de um notório especialista para que se caracterize a singularidade do objeto, pois mesmo o notório especialista pode executar serviços não singulares (quem pode o mais, pode o menos);
- h. a decisão sobre a escolha do notório especialista é de margem discricionária do gestor, que deverá, em homenagem aos princípios da eficiência, da razoabilidade e da indisponibilidade do interesse público, motivar a criteriosa escolha do executor.
- i. tanto as empresas públicas e sociedade de economia mista, como as entidades do chamado Sistema S, apesar de possuírem normas com redação que não apresenta a expressão serviços singulares,



ao contratar com fundamento, respectivamente, no art. 30, II da L. 13.303/2016; e, art. 10, II do Regulamento de Licitações e Contratos, devem caracterizar a natureza singular do objeto a justificar a inviabilidade de licitação

- j. quanto à justificativa de preços, por haver pluralidade de mercado, a justificativa de preços deve ser instruída com base em pesquisa realizada pelos demais possíveis executores existentes, respeitado o padrão profissional do escolhido;
- k. não é fiel a justificativa que se baseia exclusivamente nos preços praticados anteriormente pelo próprio escolhido, salvo se este estiver em um padrão profissional que não admita comparação de valores;
- l. o profissional ou empresa escolhidos têm o direito de praticar o preço que reputarem convenientes a cada caso concreto, não estando obrigados manter preços anteriormente praticados;
- m. a Administração não estará obrigada a contratar o de custo mais baixo dentre os possíveis executores, por tratar-se de escolha absolutamente discricionária
- n. a Administração apenas deixará de contratar caso entenda que o preço praticado está em patamar muito acima do praticado no mercado, caracterizando elevação arbitrária de preços ou se não ficar demonstrado que os benefícios a serem atingidos não compensarão a despesa.



Os conceitos e interpretações emitidos nos trabalhos assinados são de exclusiva responsabilidade de seus autores.



Amostragem estatística para testes de controle: um guia teórico-prático para auditores

Arnaldo Ribeiro Gomes

Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União, graduado em Ciências Contábeis pela Universidade de Brasília (UNB), pós-graduado em Direito Administrativo e certificado pelo *The Institute of Internal Auditors* (IIA), dos Estados Unidos da América, como *Certified Internal Auditor* (CIA) e em *Control Self-Assessment* (CCSA).

RESUMO

Testes de controle objetivam fornecer evidências sobre a efetividade operacional dos controles na prevenção e/ou detecção de irregularidades e/ou distorções relevantes. O auditor planeja e executa esses testes para concluir se a avaliação preliminar do risco de controle (RC), realizada na fase de planejamento, se confirma ou não, e assim manter ou alterar a natureza, época e extensão dos procedimentos substantivos.

Procedimentos adicionais de auditoria (testes de controle e testes substantivos) podem ser executados em bases amostrais, estatística ou não estatística. Em ambos os métodos, o auditor aplica julgamento profissional no desenho do plano amostral, na execução dos testes e avaliação dos resultados.

Para determinar o tamanho da amostra estatística para testes de controle, o auditor utiliza a amostragem por atributos, baseada na teoria da distribuição binomial, que lhe permite extrair conclusões sobre uma população em termos de taxa de ocorrência.

São três os fatores que afetam o tamanho da amostra para testes de controle: risco de amostragem; taxa desvio esperada; e taxa de desvio tolerável.

Caso os resultados quantitativos indiquem que o controle testado é eficaz, isto é, se a taxa real de desvio da população (taxa projetada) for menor ou igual a taxa de desvio tolerável, o controle pode ser considerado confiável para reduzir o risco inerente a um nível aceitável.

Palavras-chave: Amostragem em auditoria. Modelo de risco de auditoria. Testes de controle.



1. INTRODUÇÃO

Ao planejar a auditoria, é comum o auditor se deparar com uma grande quantidade de transações a examinar, sendo frequentemente inviável a aplicação de procedimentos de auditoria para toda a população, seja em razão dos custos relacionados e/ou do tempo que o trabalho levaria para ser concluído. Diante dessa situação, o auditor pode decidir fazer uso da amostragem em auditoria.

Amostragem em auditoria trata da aplicação de procedimentos de auditoria para menos que 100% dos itens de população relevante para fins de auditoria, de maneira que todas as unidades de amostragem tenham a mesma chance de serem selecionadas para proporcionar uma base razoável que possibilite o auditor concluir sobre toda a população (NBC TA 530).

A amostragem em auditoria pode ser estatística ou não estatística. Em ambos os métodos, o auditor faz uso do julgamento profissional no desenho do plano amostral, na execução dos testes e na avaliação dos resultados.

Essencialmente, a diferença entre as duas abordagens é que a amostragem estatística permite ao auditor quantificar e controlar o risco de amostragem, que é o risco de que a conclusão do auditor baseada nos resultados da amostra possa ser diferente se toda a população fosse sujeita ao mesmo procedimento de auditoria (NBC TA 530). A quantificação e o controle do risco de amostragem auxiliam o auditor a medir a suficiência das evidências necessárias e avaliar quantitativamente os resultados da amostra.

Em que pese haver vantagens da amostragem estatística sobre a não estatística, as duas abordagens, se corretamente aplicadas, são capazes de fornecer a evidência suficiente (quantidade) e apropriada (relevante e confiável) para suportar a opinião ou conclusão do auditor.

Nesse sentido, a escolha do auditor entre as duas abordagens, geralmente, considera a relação custobenefício. Isso porque, embora a amostragem estatística permita controlar o risco de amostragem e obter evidências mais persuasivas, o auditor incorrerá em maiores custos para o desenho do plano amostral, aplicação dos testes de auditoria, análise e avaliação dos resultados obtidos, além da aquisição de softwares específicos e treinamentos associados.

Este artigo trata exclusivamente do uso da amostragem estatística para testes de controle, perpassa pelos pressupostos teóricos, apresenta e exemplifica os critérios e procedimentos para elaboração do plano amostral, especialmente quanto ao dimensionamento do tamanho da amostra e à extrapolação dos resultados obtidos para a população.

Os capítulos seguintes tratam do modelo de risco de auditoria do American Institute of Certified Public Accountants (AICPA), da aplicação da materialidade em auditoria, da definição do tamanho da amostra e da seleção das unidades amostrais e, por fim, da projeção dos resultados da amostra para a população.



2. MODELO DE RISCO DE AUDITORIA DO AICPA

O conceito de asseguração no campo da auditoria refere-se ao nível de segurança que os usuários previstos podem ter no trabalho do auditor, mais precisamente, na conclusão ou opinião expressa no relatório de auditoria. Um conceito igualmente relevante e inseparável do trabalho do auditor é o de risco de auditoria (RA), que representa o risco de que o relatório de auditoria possa ser inadequado (ISSAI 100).

Os conceitos de asseguração e de risco de auditoria estão inter-relacionados e são complementares, isto é, quanto maior o nível de asseguração a ser fornecido aos usuários do relatório, menor deverá ser o risco de auditoria que o auditor poderá aceitar no trabalho, e vice-versa.

Nesse sentido, para manter o risco de auditoria em um nível aceitável, o auditor deve obter evidências suficientes e apropriadas para formar uma base razoável para a emissão da opinião ou conclusão. Para tanto, o auditor obtém entendimento do objeto e do seu ambiente, inclusive do controle interno relevante para o trabalho, identifica e avalia os riscos (inerente e de controle), planeja e executa procedimentos de auditoria adequados em resposta aos riscos significativos.

Planejar procedimentos de auditoria envolve definir: a) a **natureza** do teste, que se refere à finalidade, se de controle ou substantivo, e seu tipo, isto é, reexecução, recálculo, inspeção, confirmação, rastreamento, vouching, etc.; b) a **época** de realização, no fechamento do exercício para contagem de estoques por exemplo; e c) a **extensão**, que se refere à quantidade de testes a executar (NBC TA 330, A5-A7).

E é para determinar quantitativamente a suficiência das evidências de auditoria que o auditor pode fazer uso da amostragem estatística.

O AICPA propõe um modelo conceitual de risco de auditoria (RA) como uma função do risco inerente (RI), do risco de controle (RC) e do risco de detecção (RD).

$$RA = RI \times RC \times RD$$

O propósito desse modelo é orientar os auditores na obtenção de evidências suficientes (extensão) e apropriadas (natureza do teste), que lhes permitam alcançar o nível de segurança desejado.

Os elementos do risco de auditoria podem ser assim definidos: a) **RI** é o risco que existe pelo simples fato de determinada ação ou atividade ser executada, independentemente da existência de controles. **É com base nos riscos inerentes significativos que o auditor define o escopo do trabalho**; b) **RC** é o risco de que as ações gerenciais adotadas pela gestão (por exemplo, controles internos) não sejam eficazes para prevenir, detectar e permitir corrigir em tempo hábil, irregularidades ou distorções relevantes causadas por erro ou fraude (ISSAI 1200; ISA/NBC TA 200); e c) **RD** é o risco de que os procedimentos de auditoria realizados pelo auditor, para manter o risco de auditoria no nível aceitável, não detectem distorções que possam ser relevantes, individualmente ou em conjunto (ISSAI 1200; ISA/NBC TA 200).



A combinação do RI com o RC resulta no risco de distorção relevante (RDR) ou risco residual (RR). Esse risco representa o risco retido de forma consciente ou não pela administração (ABNT, 2009); é a parte que resta do risco inerente depois de considerado o efeito das ações que a gestão adota para gerenciá-lo (controles, por exemplo) (TCU, 2018). **É considerando o RDR ou RR que o auditor determina a abordagem de auditoria**, se combinada (testes de controle e procedimentos substantivos), quando deposita confiança nos controles internos, ou puramente substantiva, quando não é possível confiar nos controles.

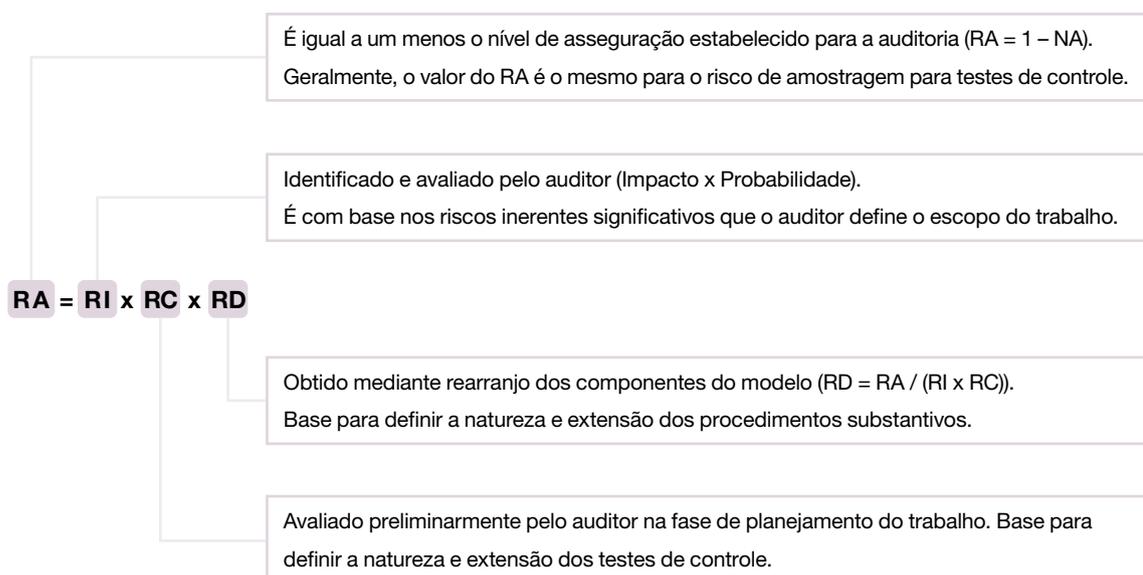
Os RI e RC são riscos da entidade ou do objeto auditado e existem independentemente da auditoria, assim, não são riscos gerenciáveis pelo auditor (Boynton et al., 2002, p. 295). Os procedimentos de para entendimento do objeto e ambiente, inclusive dos controles internos relevantes, fornecem a base para identificação e avaliação dos RI e RC, mas não são capazes de alterá-los.

Assim, para determinar a extensão dos testes de controle (tamanho da amostra) o auditor fará uso da avaliação preliminar do risco de controle (RC), componente do modelo de risco de auditoria do AICPA. Quanto maior a confiança do auditor na efetividade de um controle (risco de controle avaliado como baixo), mais persuasivas devem ser as evidências, podendo, nesse caso, ser apropriado um aumento na extensão dos testes de controle (NBC TA 330, A28).

Para determinação da extensão dos testes de detalhes (procedimentos substantivos), um dos elementos utilizados pelo auditor é o risco de detecção (RD), obtido mediante rearranjo dos componentes do modelo do AICPA. Um RD menor levará a uma amostra maior e vice-versa.

A Figura 1 contém considerações específicas sobre cada um dos elementos que compõem o modelo.

Figura 1: Modelo de risco de auditoria e suas relações com o escopo do trabalho e planos amostrais



Fonte: Elaboração do autor



3. FATORES PARA DIMENSIONAMENTO DO TAMANHO DA AMOSTRA

Testes de controle objetivam fornecer evidência sobre a efetividade operacional dos controles, e o auditor os executa para confirmar a avaliação preliminar do risco de controle e manter a natureza e extensão dos procedimentos substantivos planejados (testes de detalhes).

Para determinar o tamanho da amostra estatística para testes de controle, o auditor utiliza a amostragem por atributos, que é uma abordagem baseada na teoria da distribuição binomial, lhe permitindo extrair conclusões sobre uma população em termos de taxa de ocorrência.

A distribuição binomial é uma distribuição de todas as amostras possíveis para as quais cada item da população apresenta uma situação, de duas possíveis (por exemplo, há desvio de controle ou não há desvio de controle; está conforme ou está não conforme; atende ou não atende a um critério especificado).

Assim, para determinar o tamanho da amostra, o auditor deve estabelecer os valores numéricos apropriados para três fatores: **risco de amostragem; taxa desvio esperada; e taxa de desvio tolerável.**

Como vimos, o **risco de amostragem** é o risco de que a conclusão do auditor, com base em amostra, possa ser diferente se toda a população fosse sujeita ao mesmo procedimento de auditoria. É o caso, por exemplo, de o auditor concluir incorretamente que um controle é mais (ou menos) eficaz do que realmente é.

Ao concluir incorretamente que um controle é mais eficaz do que realmente é, há excesso de confiança (risco beta), o que afeta a eficácia do trabalho ao requerer menor quantidade de evidência substantiva do que a necessária. O auditor controla o risco beta mediante a avaliação da taxa de desvios que espera encontrar na população, ou seja, do fator **taxa de desvio esperada**, que está conceituado mais adiante (Audit Sampling, 2014, p. 41).

Ao concluir incorretamente que o controle é menos eficaz do que realmente é (risco alpha), a eficiência da auditoria é afetada, por requerer uma quantidade de procedimentos substantivos maior que a necessária.

Normalmente o risco de amostragem estabelecido para os testes de controle é o mesmo fixado para a auditoria (risco de auditoria - GRAMLING; RITTENBERG; JOHNSTONE, 2012). Desse modo, quanto mais baixo o risco de auditoria, mais baixo deve ser o risco de amostragem, o que levará a uma amostra de maior tamanho. Quanto mais baixo o risco de amostragem, maior a confiança (segurança) sobre as conclusões extraídas.

A **taxa de desvio esperada (TDE)** refere-se à quantidade de desvios que o auditor espera encontrar na população. Se o auditor julga que a população contém desvios, será necessário examinar uma amostra maior do que quando não se espera desvios. Isso porque, à medida que a taxa de desvio esperada se aproxima da taxa de desvio tolerável, informações mais precisas são necessárias e, por consequência, uma amostra maior.



No entanto, se o auditor estima encontrar desvios na população em taxa igual ou superior à taxa aceitável (taxa de desvio tolerável), testes de efetividade operacional não devem ser planejados e o risco de controle deve ser reavaliado.

Para estimar a TDE, o auditor pode considerar: a) utilizar julgamento profissional ao avaliar o desenho dos controles internos e o ambiente de controle; b) o resultado dos testes de controles decorrentes de trabalhos anteriores; e c) o resultado obtido ao testar uma pequena amostra do universo atual, de trinta itens, por exemplo.

A taxa de desvio tolerável (TDT) é a taxa máxima de desvio (taxa de não aplicação de um controle) que o auditor está disposto a aceitar e ainda concluir que o controle é eficaz. Ao definir uma taxa de desvio tolerável de 5%, por exemplo, o auditor indica que o teste é desenhado para obter evidência de que o controle não falhe mais que 5% das vezes, ou seja, espera que a taxa real de desvio desse controle em toda a população não seja superior a 5%.

Para determinar a taxa de desvio tolerável de um controle específico, o auditor normalmente considera a avaliação preliminar do risco de controle, decorrente da avaliação do desenho e implementação, e o grau de segurança que deseja obter por meio da amostra para extrair suas conclusões.

Assim, o risco de controle (RC) e a taxa de desvio tolerável têm relação direta, isto é, quanto mais baixo o RC (maior confiança), mais baixa deve ser a taxa de desvio tolerável, o que resultará em amostras de maior tamanho.

Embora saibamos que quanto menor o RC menor deve ser a TDT, uma questão emerge no momento de definir esse fator: **Se a avaliação preliminar do RC é baixa ou média, qual a TDT máxima que o auditor pode aceitar?**

Para responder essa questão é preciso compreender e aplicar um conceito de fundamental importância para a auditoria: Materialidade.

4. A MATERIALIDADE EM AUDITORIA

Materialidade refere-se à relevância ou importância relativa de um assunto de auditoria. É um conceito utilizado pelo auditor para estabelecer o nível (ou os níveis) a partir do qual distorções ou irregularidades serão consideradas relevantes. A materialidade tem efeitos significativos sobre o planejamento, execução, formulação das conclusões e a opinião de auditoria.

Determinar o que é relevante em auditoria é uma questão de julgamento profissional que se fundamenta nas necessidades de informações comuns dos usuários previstos. Essas necessidades podem ter naturezas diversas, como por exemplo, o desempenho de programas ou de ações governamentais, a situação patrimonial e financeira das organizações e/ou a conformidade dos atos de gestão com leis e regulamentos.



Nesse contexto, um assunto deve ser julgado material se sua omissão ou distorção na informação apresentada (pela parte responsável ou pelo auditor) puder influenciar a decisão dos usuários previstos (e.g. relator do processo no TCU, Congresso Nacional, Presidente da República, sociedade, agências reguladoras, demais interessados).

Da perspectiva do auditor, cujo produto é o relatório de auditoria, a materialidade representa a quantidade máxima de distorções (aspecto financeiro) ou de desvios (de controle ou de conformidade) que pode existir na informação do objeto e ainda assim essa informação representar de forma justa a posição financeira, o desempenho alcançado e/ou nível de aderência às normas e aos regulamentos. Ou seja, é o nível de distorção incapaz de influenciar as decisões dos usuários previstos.

Assim, ao planejar uma auditoria, o auditor deve definir um nível de materialidade para o trabalho como um todo ou **materialidade para o planejamento (MP)**, isto é, definir um parâmetro a partir do qual as distorções ou irregularidades podem ser consideradas relevantes pelo seu aspecto quantitativo (financeiro).

Em trabalhos de certificação, tanto sobre informações financeiras (e.g. demonstrações contábeis), não financeiras (e.g. indicadores de desempenho) como de conformidade, por exemplo, a MP é o limite a partir do qual distorções ou irregularidades, individualmente ou em conjunto, possivelmente levariam o auditor a emitir uma opinião modificada.

Uma opinião modificada pode ser adversa, ou seja, contrária àquela posição esperada em um contexto de boa-fé da gestão; qualificada, quando ressalva um ou mais aspectos específicos da informação do objeto; ou ainda, abstenção, quando o auditor é incapaz de obter evidência de auditoria suficiente e apropriada, devido a uma incerteza ou limitação de escopo que é tanto relevante quanto generalizada (Issai 100, 51).

Assim, uma vez definida a MP, o auditor deve estabelecer um segundo nível de materialidade, ajustando aquela definida para o trabalho como um todo para o nível dos processos de trabalho, das contas ou áreas do objeto (nível específico). Esse segundo nível de materialidade é denominado de **materialidade para a execução (ME)**.

A ME é, então, um valor menor que a MP (de 50% a 75%, conforme Stuart, 2014, p. 41 e Longo, 2011, p. 169) e representa uma referência de distorção ou irregularidade que o auditor está disposto a aceitar sem considerar que aquela conta (conjunto de processos de trabalho, transações ou de atividades) esteja materialmente distorcida.

Aplicado o conceito de materialidade, o auditor pode então definir o valor máximo que poderá aceitar para determinar a taxa de desvio tolerável (TDT).

Vamos considerar que no exercício de 202x a entidade ABC incorreu em despesas totais de R\$ 8.910.000,00. Para fins da auditoria, o auditor aplicou 1% sobre o valor de referência (a despesa total) para determinar a MP, e a ME foi estabelecida em 50% da MP. Assim, o auditor obteve os valores de R\$ 89.100,00 para MP e de R\$ 44.550,00 para ME.



Determinada a ME, o auditor fará uso do valor monetário da conta (ou do processo de trabalho, vide Tabela 1) para determinar a TDT máxima.

Para tanto, basta dividir a ME pelo valor total das despesas de cada processo de trabalho ou pelo valor monetário da conta.

$$\text{TDT Máxima} = \frac{\text{Materialidade para execução}}{\text{Valor monetário da conta}}$$

Desse modo, o auditor pode calcular o percentual máximo de desvios (de controle) que pode aceitar, sem que a exposição monetária total da conta (ou do processo de trabalho) ultrapasse a ME.

O termo “exposição monetária” não necessariamente significa que a transação está irregular ou que apresenta distorção, mas tão somente que o valor monetário da transação estará exposto em face da não aplicação do controle.

A Tabela 1 ilustra a determinação da TDT máxima para quatro processos de trabalho, conforme metodologia de cálculo apresentada.

Tabela 1: Determinação da TDT máxima a aceitar.

Processos de trabalho	Despesas totais da entidade ABC			TDT máxima (Materialidade para Execução / Valor da conta ou processo de trabalho)
	Despesas efetuadas (R\$)	Quantidade de transações ou processos por ano	Valor médio das transações (R\$)	
Processo de trabalho A	890.000,00	890	1.000,00	5%
Processo de trabalho B	740.000,00	300	2.466,67	6%
Processo de trabalho C	690.000,00	300	2.300,00	6,5%
Processo de trabalho “n”	880.000,00	200	4.400,00	5%

Fonte: Elaboração do autor.

Conforme se observa na Tabela 1, no Processo de trabalho de A o auditor pode aceitar uma taxa de desvio tolerável de até 5%, que, se confirmada, levaria a uma exposição monetária de R\$ 44.500,00 (890.000,00 * 5%), que se igualaria ao nível monetário da materialidade para a execução da auditoria.



5. DIMENSIONAMENTO DO TAMANHO DA AMOSTRA E FERRAMENTAS APLICÁVEIS

Definidos os três fatores que afetam o tamanho da amostra para testes de controle, risco de amostragem, TDT e TDE, uma alternativa para definir o tamanho da amostra é fazer uso de tabelas como as abaixo exemplificadas.

Tabela 2: Dimensionamento do tamanho da amostra com nível de confiança de 95%.

Risco de amostragem de 5%	Taxa de desvio tolerável (TDT)										
	2%	3%	4%	5%	6%	7%	8%	9%	10%	15%	20%
0,00%	149	99	74	59	49	42	36	32	29	19	14
0,25%	236	157	117	93	78	66	58	51	46	30	22
0,50%	313	157	117	93	78	66	58	51	46	30	22
0,75%	386	208	117	93	78	66	58	51	46	30	22
1,00%	590	257	156	93	78	66	58	51	46	30	22
1,50%	2258	392	192	124	103	66	58	51	46	30	22
2,00%	#N/D*	846	294	181	127	88	77	68	46	30	22
2,50%	#N/D*	3240	513	234	150	109	77	68	61	30	22
3,00%	#N/D*	#N/D*	1098	361	195	129	95	84	61	30	22
3,50%	#N/D*	#N/D*	4257	624	280	167	112	84	76	40	22
4,00%	#N/D*	#N/D*	#N/D*	1348	421	221	146	100	89	40	22

Fonte: Adptado de Audit Sampling, AICPA, 2014.

***TDE = ≥ TDT**



Tabela 3: Dimensionamento do tamanho da amostra com nível de confiança de 90%.

Risco de amostragem de 10%	Taxa de desvio tolerável (TDT)											
	2%	3%	4%	5%	6%	7%	8%	9%	10%	15%	20%	
Taxa de desvio esperada (TDE)	0,00%	114	76	57	45	38	32	28	25	22	15	11
	0,25%	194	129	96	77	64	55	48	42	38	25	18
	0,50%	194	129	96	77	64	55	48	42	38	25	18
	0,75%	265	129	96	77	64	55	48	42	38	25	18
	1,00%	398	176	96	77	64	55	48	42	38	25	18
	1,50%	1463	265	132	105	64	55	48	42	38	25	18
	2,00%	#N/D*	590	198	132	88	75	48	42	38	25	18
	2,50%	#N/D*	2079	353	158	110	75	65	58	38	25	18
	3,00%	#N/D*	#N/D*	730	258	132	94	65	58	52	25	18
	3,50%	#N/D*	#N/D*	2712	400	194	113	82	73	52	25	18
	4,00%	#N/D*	#N/D*	#N/D*	873	274	149	98	73	65	25	18

Fonte: Adptado de Audit Sampling, AICPA, 2014.

$$*TDE = \geq TDT$$

Assim, para um nível de confiança de 95% (risco de amostragem de 5%), tomando uma taxa de desvio tolerável de 5% e taxa de desvio esperada de 1%, o auditor deverá documentar os testes efetuados para uma amostra de 93 elementos.

Alterando-se o nível de confiança para 90% e mantendo-se os percentuais da TDT e TDE mencionados no parágrafo precedente, o tamanho da amostra será de 77 itens. Como se observa, quanto maior o risco de amostragem, menor será o tamanho das amostras, e vice-versa.

De forma geral, como as tabelas acima exemplificadas não cobrem todas possibilidades para os fatores que afetam o tamanho da amostra, o auditor pode aplicar outro procedimento mediante uso da seguinte fórmula VBA no Excel:

**Figura 2:** Função VBA BinomSample

```
Function BinomSample(risk As Double, pE As Double, pT As Double)

Dim n As Double, k As Double

If risk <= 0 Or risk >= 1 Or pE < 0 Or pE >= 1 Or pT <= 0 Or pT >= 1 Then

BinomSample = CVErr(xlErrNum)

Else

n = Application.WorksheetFunction.RoundUp(Log(risk) / Log(1 - pT), 0)

k = Application.WorksheetFunction.RoundUp(pE * n, 0)

While Application.WorksheetFunction.BinomDist(k, n, pT, True) > risk And n <= 20000

n = n + 1

k = Application.WorksheetFunction.RoundUp(pE * n, 0)

Wend

BinomSample = If(Application.WorksheetFunction.BinomDist(k, n, pT, True) <= risk, n,
CVErr(xlErrNA))

End If

End Function
```

Fonte: Stewart, Trevor. R., 2012, Technical Notes on the AICPA Audit Guide Audit Sampling.

A macro da Figura 2 torna ativa a função “BinomSample” no Excel e permite determinar o tamanho de amostras, mediante uso da distribuição binomial, para uma amplitude de possibilidades maior do que as apresentadas nas Tabelas 2 e 3.

Uma vez ativa, a função BinomSample segue os seguintes parâmetros: =BinomSample (Risco de amostragem; TDE; TDT).

Exemplo 1: =BinomSample (0,05;0,00;0,05) = 59

Exemplo 2: =BinomSample (0,10; 0,01;0,09) = 42



Exemplo 3: =BinomSample (0,05;0,01;0,05) = 93

A Tabela 4, abaixo, apresenta os fatores e os efeitos que o aumento ou a diminuição de seus valores provoca no tamanho da amostra para testes de controle.

Tabela 4: Fatores que afetam o tamanho da amostra para testes de controle

Risco de Auditoria	Efeito
Aumenta	Amostra menor
Diminui	Amostra maior
Taxa de desvio esperado (TDE)	Efeito
Aumenta	Amostra maior
Diminui	Amostra menor
Taxa de desvio tolerável (TDT)	Efeito
Aumenta	Amostra menor
Diminui	Amostra maior

Fonte: Elaborado pelo autor com base em AICPA Audit Guide Audit Sampling, 2014.

6. PLANO AMOSTRAL E CÁLCULO DO LIMITE SUPERIOR (EXTRAPOLAÇÃO)

A definição dos fatores e do tamanho da amostra para os testes de controle compõem o plano amostral do auditor que, adicionalmente, deve conter os seguintes elementos: objetivo do teste, tamanho da população, unidade amostral e o método de seleção dos itens.

A documentação dos testes efetuados e a determinação do limite superior (extrapolação dos resultados) podem constar do papel de trabalho que contenha os elementos descritos no parágrafo anterior. Um exemplo de plano amostral é demonstrado na Tabela 5.

**Tabela 5:** Plano amostral e determinação do limite superior

Objetivo do teste	Testar a efetividade operacional do controle de aprovação de despesas e a conformidade das transações subjacentes
Condições para se considerar um desvio	Ausência da evidência da aplicação do controle (assinaturas); ausência do documento probatório, controle efetuado por pessoa não autorizada.
População / Unidade amostral	Totalidade das diárias pagas a servidores em 2019. Unidade amostral: processo de pagamento da diária
Fatores para determinação do tamanho da amostra	Risco de amostragem: 5% Taxa de desvio tolerável: 5% Taxa de desvio esperada: 1%
Tamanho da amostra	93 itens
Método de seleção	Aleatória simples

Amostra	Itens amostrais	Transações / processos	Controles		Atributos de conformidade	
			Controle 1	Controle 2	Atributo a	Atributo b
1	522	000.000.000-521	Ok	X	Ok	Ok
2	396	000.000.000-395	X	Ok	Ok	X
3	342	000.000.000-341	Ok	Ok	Ok	Ok
4	199	000.000.000-198	X	Ok	Ok	Ok
...	Ok	Ok	Ok	Ok
93	Ok	Ok	Ok	Ok
Resultado / Legenda	Ok	Atributo atendido	91	92	93	92
	X	Atributo não atendido	2	1	-	1
Determinação do Limite Superior			6,7%	5%	3,2%	5%

Fonte: Adaptado de Reis, 2016, p.9



Executados os testes de controle e identificados os desvios na amostra, o auditor poderá fazer a extrapolação desses resultados para a população. Esse procedimento pode ser realizado mediante uso da seguinte fórmula VBA no Excel:

Figura 3: Função VBA BinomSampleVal

```
Function BinomSampleVal(risk As Double, n As Double, k As Double)

Dim pT As Double, pA As Double

If risk <= 0 Or risk >= 1 Or k > n Then

BinomSampleVal = CVErr(xlErrNum)

Else

pA = 1

pT = pA / 100

While Application.WorksheetFunction.BinomDist(k, n, pT, True) > risk And n <= 9999

pA = pA + 0.001

pT = pA / 100 + 0.001

Wend

BinomSampleVal = If(Application.WorksheetFunction.BinomDist(k, n, pT, True) <= risk, pT,
CVErr(xlErrNA))

End If

End Function
```

Fonte: Stewart, Trevor. R., 2012, Technical Notes on the AICPA Audit Guide Audit Sampling.

Ao ativar a macro de que trata a Figura 3, a função “binomSampleVal” ficará disponível, permitindo ao auditor calcular o limite superior dos desvios para a população. A função segue os seguintes parâmetros: =BinomSampleVal (Risco de amostragem; tamanho da amostra; número de desvios na amostra).

A seguir, a memória de cálculo para obtenção dos limites superiores de que trata o exemplo da Tabela 5. Os valores estão arredondados para cima.



Controle 1: =BinomSampleVal (0,05; 93; 2) = 6,7%

Controle 2: =BinomSampleVal (0,05; 93; 1) = 5%

Atributo a: =BinomSampleVal (0,05; 93; 0) = 3,2%

Atributo b: =BinomSampleVal (0,05; 93; 1) = 5%

7. FORMULAÇÃO DAS CONCLUSÕES EM BASES ESTATÍSTICAS

A amostragem estatística apresenta vantagem sobre a não estatística por permitir ao auditor quantificar e controlar o risco de amostragem.

Ao considerar o risco de amostragem, o auditor aplica julgamento profissional para extrair conclusões sobre o efeito que a avaliação dos resultados amostrais terá o nível avaliado do risco de controle e, por consequência, sobre a natureza, época e extensão dos procedimentos substantivos.

Assim, retomando o exemplo da Tabela 5, em que o risco de amostragem foi estabelecido em 5%, as seguintes conclusões e avaliações podem ser formuladas:

- Para o Controle 1 o auditor pode expressar, com 95% de segurança, que a taxa real de desvio na população é menor ou igual a 6,7%.

Observe, no entanto, que o limite superior para o Controle 1 é **maior** que a taxa de desvio tolerável (TDT), que é de 5%. Nesse caso, os resultados quantitativos indicam que o controle testado não é eficaz, isto é, não é confiável para reduzir o risco a um nível aceitável.

Nesse caso, a avaliação preliminar do risco de controle não foi confirmada e o auditor deve rever a avaliação do risco de controle e a natureza e a extensão dos procedimentos substantivos planejados.

- Para o Controle 2 e para os Atributos “a” e “b”, o auditor pode concluir, com 95% de certeza (5% de risco), que a taxa real de desvio da população não é superior que a taxa de desvio tolerável.

Nesse caso, os procedimentos substantivos podem permanecer com a natureza e extensão planejada, uma vez que a avaliação preliminar do risco de controle foi confirmada.

8. CONCLUSÕES

Consoante previsto nas normas internacionais de auditoria, o auditor pode fazer uso da amostragem em auditoria para execução dos testes de controle e dos testes de detalhes



(substantivos), com o propósito de obter evidência suficiente para suportar a conclusão ou opinião do trabalho.

Os testes de controle visam fornecer evidências sobre a efetividade operacional dos controles na prevenção ou detecção de irregularidades e/ou distorções relevantes. O auditor os executa para confirmar ou não a avaliação preliminar do risco de controle e manter ou alterar a natureza e extensão dos procedimentos substantivos planejados

A decisão sobre qual método adotar para determinação do tamanho da amostra, se estatística ou não estatística, deve levar em consideração fatores como custo de aplicação, treinamentos específicos e a necessidade ou não do controle do risco de amostragem.

A amostragem estatística apresenta maiores custos em comparação a não estatística, porém permite que o auditor quantifique e controle o risco de amostragem, defina quantitativamente a suficiência da evidência e projete os resultados da amostra para toda a população.

Assim, o método estatístico mostra-se mais adequado para trabalhos em que um alto nível de asseguração deva ser fornecido e, por outro lado, auxilia o auditor a manter o risco de auditoria em um nível aceitavelmente baixo.

Independentemente da decisão do auditor sobre qual método aplicar, o julgamento profissional do auditor continua como fator preponderante para o planejamento e execução dos testes de auditoria e formulação da opinião ou da conclusão geral do trabalho.



9. REFERÊNCIAS

AMERICAN INSTITUTE OF CERTIFIED PUBLIC ACCOUNTANTS (AICPA). **Audit Guide: Assessing and Responding to Audit Risk in a Financial Statement Audit**. AICPA, Inc. 2014.

_____. **Audit Sampling**. AICPA, Inc. 2014.

BOYNTON et al., Willian C. e outros. **Auditoria**. São Paulo: Atlas, 2002.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE (CFC). **NBC TA: Estrutura Conceitual para Trabalhos de Asseguração**. Brasília: 2009.

INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SUPREME AUDIT INSTITUTIONS (INTOSAI). INTOSAI GOV 9130: Guidelines for Internal Controls Standards for the Public Sector: further information on entity risk management. PSC Subcommittee on Internal Control Standards. 2007. Disponível em: < <http://www.intosai.org/issai-executive-summaries/detail/intosai-gov-9130-guidelines-for-internal-control-standards-for-the-public-sector-further-informa.html> >. Acesso em: jun. 2019.

_____. **ISSAI 100: Fundamental Principles of Public Sector Auditing**. Pequim, 2013a. Disponível em: <<http://www.issai.org/issai-framework/3-fundamental-auditing-principles.htm>>. Acesso em: mar. 2019.

_____. **ISSAI 1315 – Identifying and Assessing the Risks of Material Misstatement through Understanding the Entity and Its Environment**. 2010b. Disponível em <<http://www.issai.org/issai-framework/4-auditing-guidelines.htm>>. Acesso em: abr. 2019.

_____. **ISSAI 1330 – The Auditor’s Responses to Assessed Risks**. 2007. Disponível em <<http://www.issai.org/issai-framework/4-auditing-guidelines.htm>>. Acesso em: abr. 2019.

_____. **ISSAI 1530 – Audit Sampling**. Disponível em <<http://www.issai.org/issai-framework/4-auditing-guidelines.htm>>. Acesso em: abr. 2019.

LONGO, C. G. **Manual de Auditoria e Revisão de Demonstrações Financeiras**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MELO, Alessandra Pereira de. **Materialidade em Auditoria Financeira no Setor Público**. 66 p. Monografia (especialização em Auditoria Financeira). Brasília: Instituto Serzedello Corrêa. Escola Superior de Controle do Tribunal de Contas da União, 2019.

OLIVEIRA, Paulo Henrique F. C. **Amostragem Básica – Aplicação em Auditoria**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna Ltda., 2014.

REIS, Pedro. **Análise Estatística em Auditoria**. *Revista da ordem dos revisores oficiais de contas nº 70 e 72*. Lisboa, 2016.



STEWART, Trevor. R. **Technical Notes on the AICPA Audit Guide Audit Sampling**. New York. AICPA. 2012

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Curso Auditoria Baseada em Risco. Conteudistas: Antônio Alves de Carvalho Neto, Arnaldo Ribeiro Gomes. Módulos I e II. – Brasília: TCU, Instituto Serzedello Corrêa, 2018.

_____. Glossário de Termos do Controle Externo. Brasília, 2017a

_____. Manual de Auditoria Financeira. Brasília, 2016b.



Os conceitos e interpretações emitidos nos trabalhos assinados são de exclusiva responsabilidade de seus autores.



O instituto da vistoria técnica no rito processual das licitações públicas e a possibilidade de ações cartelizadas: uma análise teórica

Magno Silva

Oficial do Exército (EsAEx); Graduado em Ciências Econômicas (UFPE); Pós-Graduado em Auditoria Interna e Externa (ICAT/UnIDF); Pós-Graduado em Orçamento e Políticas Públicas (UnB); Pós-Graduado em Administração Pública (FGV)

RESUMO

Este texto analisa, teoricamente, a possibilidade de ações do tipo cartel em face do instituto da vistoria técnica nas licitações públicas. Apesar de previsão normativa, a exigência de vistoria técnica nos processos de licitação, sem os pré-requisitos necessários, pode engendrar a formação de conluíus ou cartéis. Os cartéis nas licitações públicas, ainda que de natureza transitória, ferem, gravemente, o princípio da isonomia e o caráter competitivo do certame cujo resultado invalida o rito processual.

Palavras-chave: Licitações públicas. Vistoria técnica. Cartel.

ABSTRACT

This text theoretically analyzes the possibility of cartel-type actions in the face of the technical inspection institute in public bids. Despite a normative forecast, the requirement of a technical visit in the bidding processes, without the necessary prerequisites, can lead to the formation of stunts or cartels. The cartels in the public bids, although of transitory nature, seriously damage the principle of isonomy and the competitive character of the contest whose result invalidates the procedural rite.

Keywords: Public tenders. Technical inspection. Cartel.



1. INTRODUÇÃO

Os processos de licitação pública são consubstanciados por duas grandes fases, uma interna e outra externa. Na fase interna, também chamada de fase operacional ou preparatória, estão inseridas as subfases de especificação do objeto, de planejamento, de estimativa de preços (orçamento), de elaboração do projeto básico, de elaboração do edital, de emissão do parecer jurídico etc. Na fase externa, iniciada após a publicidade, ocorre a revelação, aos pretensos fornecedores, da intenção de determinado órgão ou entidade pública em comprar tal bem ou contratar certo serviço. Nesta fase, acontece uma interação direta entre o setor público e o setor privado com o propósito de selecionar, entre outras coisas, a proposta comercial mais vantajosa.

Inserida na fase externa, está a subfase denominada habilitação¹, cujo principal intento é a verificação dos requisitos de regularidade jurídica, de qualificação técnica, de qualificação econômico-financeira, de regularidade fiscal e de regularidade trabalhista das empresas proponentes à contratação com administração pública e, desta forma, a seleção da licitante que preenche todos os requisitos normativos estabelecidos no ato convocatório².

Neste contexto, como um dos requisitos da qualificação técnica, tem-se o instituto denominado de vistoria técnica³ o qual, entre outras coisas, permite que o licitante retire, previamente, todas as dúvidas relativas ao objeto a ser licitado, isto é, antes da elaboração de sua proposta comercial e da realização do certame.

Os cartéis ou conluios, por seu turno, são acordos ilícitos nos quais as empresas, que deveriam concorrer entre si, tentam “suavizar” ou “neutralizar” a competição e, desta forma, maximizar os seus ganhos (lucros) em detrimento dos consumidores, sejam eles públicos ou privados.

Considerando a ordem econômica vigente⁴, isto é, a livre concorrência, o tino empresarial de maximização de seus lucros e o propósito da administração pública de minimização de seus custos (otimização da economicidade) nas suas despesas, indaga-se: em quais

1 Os requisitos de habilitação nas licitações públicas estão discriminados nos artigos 27 a 32 da Lei nº 8.666/93 c/c o inciso XIII do artigo 4º da Lei nº 10.520/02.

2 A título de registro e informação, ao contrário do que ocorrer nas outras modalidades de licitação, nos pregões (eletrônico ou presencial) há duas singularidades, uma chamada de fase de lances na qual os licitantes podem sistematicamente reduzir seus preços, após a apresentação da proposta inicial, e, outra, chamada de inversão de fases onde somente a documentação do licitante que apresentou o menor preço é verificada. Tais condutas permitem maior celeridade processual e maior economicidade (menor custo) contratual vis-à-vis às demais modalidades de licitação.

3 Consoante o inciso III do artigo 30 da Lei nº 8.666/93 c/c o item 3.3 do Anexo VII-A da Instrução Normativa/SG/MPDG nº 05/17.

4 Acerca da ordem econômica vigente, a CF/88 estabelece o seguinte: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência”.



situações o instituto normativo da vistoria técnica nas licitações públicas pode possibilitar a formação de conluíus ou cartéis? Quais são as possíveis consequências para a gestão pública dos conluíus ou cartéis nas licitações?

O objetivo deste texto materializa-se pela análise e pela identificação das situações nas quais o instituto da vistoria técnica nas licitações públicas pode possibilitar a incidência ou a formação de conluíus ou cartéis.

Destarte, com fulcro na teoria microeconômica e no arcabouço jurídico, identifica e analisa as situações nas quais as possíveis ações de colusão, ainda que instáveis e transitórias, podem se concretizar em decorrência da previsão normativa do instituto da vistoria técnica nas licitações públicas.

2. CONVERGÊNCIA CONCEITUAL CARTEL-CONLUÍO

À luz da teoria microeconômica, o que vem a ser um cartel? O que é um conluio? Há algum tipo de correspondência semântica ou semelhança conceitual entre tais vocábulos?

Colimando as respostas para tais questionamentos, Varian (2012, p. 543) afirma que “quando as empresas se juntam e tentam fixar preços e produção [vendas] para maximizar os lucros do setor, elas passam a ser conhecidas com um cartel. [...] um cartel é apenas um grupo de empresas que se juntam em conluio para se comportar como um monopolista e maximizar a soma de seus lucros”.

Sobre a característica instável dos cartéis, Varian (2012, p. 551) argumenta que o “cartel normalmente será instável no sentido que cada empresa será tentada a vender mais do que o acordo determina sobre sua cota de produção [vendas], se ela achar que as demais empresas não irão reagir” ou retaliar. Em complemento à perspectiva supracitada, Frank (2013, p. 453) explica que “a dificuldade em manter cartéis é que a estratégia dominante para cada membro é trair o acordo”.

Em relação ao conluio, Varian (2012, p. 527) explicita que “em vez de competirem umas com as outras, as empresas podem formar um conluio. Nesse caso, elas podem chegar a um acordo para estabelecer preços e quantidades que maximizem a soma de seus lucros. Esse tipo de conluio é chamado de jogo cooperativo”.

Na perspectiva de Vasconcellos (2002, p. 171), o “cartel é uma organização (formal ou informal) de produtores [ou de fornecedores] dentro de um mesmo setor, que determina a política para todas as empresas do cartel. O cartel fixa preços e a repartição (cotas) do mercado entre as empresas”. Sob a mesma ótica, Nusdeo (2008, p. 279) assevera que o cartel “trata-se de um acordo entre empresas que passam a adotar decisões ou políticas comuns quanto a todos ou a um determinado aspecto de suas atividades”.

Assim, interconectando os conceitos de conluio e cartel, inseridos num ambiente oligopolista, Mansfield (2006, p. 377), afirma o seguinte, *ipsis litteris*:



As condições nas indústrias oligopolistas tendem a promover conluio, uma vez que o número de firmas é pequeno e elas reconhecem sua interdependência. As vantagens do conluio para as firmas parecem óbvias: lucros aumentados, incerteza reduzida e uma melhor oportunidade de evitar a entrada de outras firmas. Arranjos de conluio, porém, muitas vezes são difíceis de manter. Frequentemente, as firmas podem aumentar seus lucros individuais se trapacearem em qualquer acordo de conluio; esses incentivos tornam tais acordos instáveis. E, claro, arranjos de conluio são ilegais [...]. Arranjos de conluios abertos e formais são chamados de cartéis.

Abordando, exclusivamente, o conceito de cartel, Nogami e Passos (2016, p. 645) asseveram que o cartel é “uma organização formal (ou informal) de produtores dentro de um setor. Essa organização formal determina as políticas para todas as empresas do cartel, objetivando aumentar os lucros totais deste. O cartel fixa os preços e/ou as quantidades a serem produzidas [vendidas] por firma do setor”. Neste contexto, Azevedo et al (2007, p. 144) salientam que “fazer um cartel é realizar um acordo entre as empresas participantes de uma mercado – não necessariamente todas”.

Explorando um pouco mais o conceito de cartel como um tipo de conluio, Krugman e Wells (2015, p. 348) relatam que “a forma mais forte de conluio é o cartel, um acordo entre produtores que determina o quanto cada um está autorizado a produzir” ou vender. Nesta senda, Browning e Zupan (2002, p. 270) revelam que “a familiaridade com o modelo de cartel é útil, pois as práticas de conluio existentes nos acordos de cartel podem ser investigadas com ele”. Inseridos nesta perspectiva, Goolsbee, Levitt e Syverson (2018, p. 445) afirmam que o cartel ou conluio é um “comportamento de oligopólio no qual as firmas coordenam e, coletivamente, se comportam como um monopólio, no intuito de obter lucros de monopólio”. Por seu turno, em perfeita harmonia com os autores elencados, Mankiw (2001, p. 353) expressa que um “acordo entre empresas em relação à produção [vendas] e preços é chamado de conluio, e o grupo de empresas que age de comum acordo é um cartel”.

Na perspectiva de Byrns e Stone (1996, p. 254), um cartel “é uma organização por meio da qual seus membros tomam decisões em conjunto, sobre preços e produção [vendas]. Os cartéis usualmente exigem conluio total, embora em uma indústria suficientemente concentrada (duas ou mais firmas), o conluio tácito (não explícito) seja possível”.

Em adição ao arrazoado desenvolvido acerca da conexão ou convergência conceitual entre conluio e cartel, Mochón (2006, p. 153) ressalta que um “conluio é um acordo entre as empresas de um mercado sobre as quantidades que serão produzidas ou sobre os preços que serão cobrados. Um cartel é um grupo de empresas que atuam conjuntamente acordando a quantidade que será produzida e o preço que será cobrado”.

No que tange ao equilíbrio nos acordos envolvendo cartéis, Baye (2010, p. 369) salienta o que segue, *ipsis verbis*:

É fácil sustentar acordos de cartel através de estratégias de punição estabelecidas previamente, quando as organizações sabem (1) quem são os

seus rivais, de forma que sabem quem punir se for necessário; (2) quem são os clientes de seus rivais, de forma que se a punição for necessária, podem roubar esses consumidores, cobrando preços menores; e (3) quando seus rivais se desviam do acordo de cartel, de forma que sabem quando iniciar a punição. Além disso, elas devem (4) estar aptas a punir com sucesso os rivais por se desviar dos acordos de cartel, dado que, se isso não fosse possível, a ameaça da punição não funcionaria.

Assim, com o fulcro na literatura microeconômica, pode-se aprender e chegar a ilação que, conceitualmente, o cartel é um tipo de conluio ou acordo, formal ou informal, caracterizado por uma elevada carga de instabilidade ou transitoriedade.

A duração do acordo ilícito, chamado de cartel ou conluio, é, essencialmente, efêmera podendo, no âmbito das licitações públicas, dada a complexidade do objeto licitado ou da intermitência dos processos de despesa, durar apenas um ou alguns poucos certames.

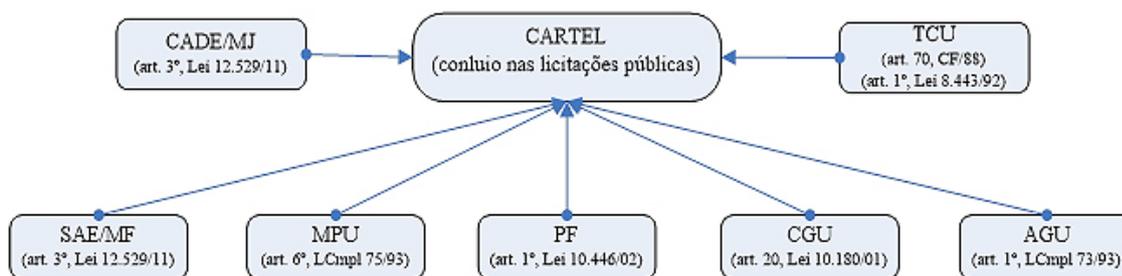
Em síntese, as colusões formadoras de cartéis ou conluios intentam o controle de preços e de quantidades vendidas com o intuito de reduzir a concorrência e gerar lucros característicos de um monopólio para as empresas participantes.

3. ÓRGÃOS PÚBLICOS VERSUS CARTÉIS

Uma das formas de se mensurar a relevância do tema é explicitada por intermédio do número de órgãos públicos envolvidos no acompanhamento, na fiscalização e no combate às ações cartelizadas que afetam tanto o setor público quanto o setor privado no Brasil.

O esquema, a seguir, Figura 1 – Órgãos públicos versus cartel, salienta, por nome e por amparo normativo, os órgãos públicos federais que atuam na restrição às atividades oriundas de cartéis.

Figura 1: Órgãos públicos versus cartéis



Fonte: Concepção do autor

A importância do tema pode, também, ser caracterizada pelo montante de recursos desviados pelos atos ilícitos derivados dos cartéis. Numa estimativa, realizada em 2007, pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), do Ministério da Justiça, ficou patenteado que “o Brasil tem prejuízos entre R\$ 25 bilhões e R\$ 40 bilhões por ano em consequência da formação de cartéis nas



licitações públicas”. O cálculo elaborado pela SDE mencionou que nos cartéis, tipicamente, ocorre uma margem de sobrepreço entre 25% e 40%⁵, além da constatação que “um terço das compras públicas serem dependentes de fornecedores em mercados muito concentrados, com estrutura propícia à conduta combinada entre empresas que deveriam concorrer”.

4. REFERENCIAL TEÓRICO-NORMATIVO

Sem se descurar da conexão ou convergência conceitual entre conluio e cartel, exposta acima, traça-se, a seguir, um panorama teórico-normativo, não exaustivo, relacionado à questão da competitividade nos certames, à exclusividade na elaboração e na apresentação das propostas comerciais, ao sigilo, à vistoria técnica nas licitações, à jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU) e às possíveis ações de conluio ou cartéis.

4.1 COMPETIÇÃO, SIGILO E EXCLUSIVIDADE NAS PROPOSTAS COMERCIAIS

O princípio da isonomia e, por decorrência, o da competitividade, evidenciam que, nas aquisições ou nas contratações de cunho governamental, a independência e a autonomia na elaboração das propostas comerciais das empresas licitantes devem sempre prevalecer. Nenhuma conduta que viole a competição, sob o risco de não se selecionar a proposta mais vantajosa para administração pública, principalmente em termos de custos, pode ser tolerada.

Finalizando uma “competição limpa” nas licitações públicas, o Decreto-Lei nº 2.848/40, Código Penal, tipifica como crime o ato de “Art. 326 - Devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo”. Inserido na perspectiva de lisura dos gastos governamentais, a Lei nº 4.717/65, que regula a ação popular, impõe o seguinte:

Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º. [...] III - A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando: [...] b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo; c) a concorrência administrativa for processada em condições que impliquem na limitação das possibilidades normais de competição⁶.

5 Consoante a Portaria nº 1.077, de 30 de maio de 2007, do Ministério da Justiça.

6 Consoante Lei nº 4.717/65, *in verbis*: “Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos”.



Neste contexto, referindo-se à questão do sigilo e da isonomia processual, a Lei nº 8.666/93, lei de licitação e contratos administrativos, salienta, *in verbis*:

Art. 3º [...] § 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

[...]

Art. 44. [...] § 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

Então, com o fito de que não seja restringida a competição, a Lei nº 10.520/02, que institui a modalidade de licitação pregão, estabelece o seguinte: “Art. 3º A fase preparatória [fase interna] do pregão observará o seguinte: [...] II - a definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição”.

Em fina sintonia com a lei supramencionada, concernente à restrição à competitividade, o Decreto nº 5.450/05, que regulamenta o pregão eletrônico, assinala que:

Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte: I - elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização.

Ainda no que tange aos pregões, à concepção do princípio da competitividade e à obtenção do melhor (menor) preço nas despesas públicas, o Decreto nº 3.555/00, que aprova o regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão para aquisição de bens e serviços comuns, relata que:

Art. 4º A licitação na modalidade de pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objetiva das propostas. Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação.

Com propósito similar, ou seja, não obliterar a competitividade dos certames, o Anexo V, diretrizes para elaboração do Projeto Básico (PB) ou Termo de Referência (TR), da Instrução



Normativa nº 5/17, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, estabelece, *in verbis*: “1.1. São vedadas especificações que: a) por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitam, injustificadamente, a competitividade ou direcionam ou favoreçam a contratação de prestador específico”.

Assim, as propostas comerciais devem ser elaboradas exclusivamente pela empresa licitante sem conchavos ou quaisquer tipos de conluio, a fim de se preservar à isonomia e à competitividade nos certames.

Dessa preocupação governamental, engendrou-se a Instrução Normativa/SLTI/MP nº 02/09, declaração de elaboração independente de proposta em procedimentos licitatórios⁷, cujo objetivo consiste em fazer com que a empresa licitante declare e cumpra que a sua proposta comercial foi elaborada de maneira independente, autônoma e sem quaisquer ajuda ou auxílio, direta ou indiretamente, de potenciais concorrentes.

Em nenhum momento, pode-se violar a isonomia e, por decorrência, a competitividade do certame, caso contrário, fica destruída a lisura processual e configurado o conluio ou cartel com os potenciais danos ao erário.

4.2 VISTORIA TÉCNICA

Dentro do rito processual das licitações públicas, a vistoria técnica insere-se na etapa de habilitação (fase externa), especificamente na qualificação técnica a qual colima às empresas, participantes da licitação, à dissipação de quaisquer dúvidas sobre o objeto licitado, também almeja evitar que a empresa, após a assinatura contratual, alegue desconhecer particularidades

7 A referida Instrução Normativa prevê o seguinte: Identificação da Licitação (Identificação completa do representante da licitante), como representante devidamente constituído de (Identificação completa da licitante ou do Consórcio) doravante denominado (Licitante/Consórcio), para fins do disposto no item (completar) do Edital (completar com identificação do edital), declara, sob as penas da lei, em especial o art. 299 do Código Penal Brasileiro, que: (a) a proposta apresentada para participar da (identificação da licitação) foi elaborada de maneira independente (pelo Licitante/Consórcio), e o conteúdo da proposta não foi, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, informado, discutido ou recebido de qualquer outro participante potencial ou de fato da (identificação da licitação), por qualquer meio ou por qualquer pessoa; (b) a intenção de apresentar a proposta elaborada para participar da (identificação da licitação) não foi informada, discutida ou recebida de qualquer outro participante potencial ou de fato da (identificação da licitação), por qualquer meio ou por qualquer pessoa; (c) que não tentou, por qualquer meio ou por qualquer pessoa, influir na decisão de qualquer outro participante potencial ou de fato da (identificação da licitação) quanto a participar ou não da referida licitação; (d) que o conteúdo da proposta apresentada para participar da (identificação da licitação) não será, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, comunicado ou discutido com qualquer outro participante potencial ou de fato da (identificação da licitação) antes da adjudicação do objeto da referida licitação; (e) que o conteúdo da proposta apresentada para participar da (identificação da licitação) não foi, no todo ou em parte, direta ou indiretamente, informado, discutido ou recebido de qualquer integrante de (órgão licitante) antes da abertura oficial das propostas; e (f) que está plenamente ciente do teor e da extensão desta declaração e que detém plenos poderes e informações para firmá-la.



(peculiaridades) do objeto e, com isso, solicite a revisão ou o equilíbrio econômico-financeiro da equação contratual, ou seja, onere o contrato.

Neste contexto, a Lei nº 8.666/93, ressalta que:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
[...] III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

Na vereda da Lei nº 8.666/93, o Anexo VII-A, diretrizes gerais para elaboração do ato convocatório, da Instrução Normativa nº 5/17, supracitada, explicita o seguinte:

3. Das condições de participação no processo licitatório: [...] 3.3. Disposição de que, se for estabelecida a exigência de realização de vistoria pelos licitantes, esta deverá ser devidamente justificada no Projeto Básico ou Termo de Referência, e poderá ser atestada por meio de documento emitido pela Administração ou declaração do licitante de que conhece as condições locais para execução do objeto.

Aprofundando a análise sobre o conceito e a finalidade da vistoria técnica, o Manual de Licitações e Contratos do TCU (2010, p. 424), salienta o seguinte, *in verbis*:

Para efeito de qualificação técnica, poderá ser exigida, quando for o caso, comprovação de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações relativas ao objeto licitado. Vistoria ou visita técnica deve ser feita pelo licitante, ou por seu representante legal, em horário definido no ato convocatório e preferencialmente em companhia de servidor do órgão/entidade contratante designado para esse fim. De acordo com o inciso III do art. 30 da Lei de Licitações, a declaração de vistoria do local do cumprimento da obrigação deverá ser fornecida pela Administração. Nada obstante, em virtude do conteúdo do documento, não há óbices a que essa declaração seja elaborada pelo licitante e, após a vistoria, visada pelo órgão/entidade contratante.

Na senda do instituto da vistoria técnica nas licitações públicas, Mendes (2013, p.619), afirma que:

A previsão da realização da vistoria técnica é condição que integra, sob o ponto de vista legal, as exigências relativas à habilitação. No entanto, o que determina a previsão de realização da referida vistoria técnica é o tipo de objeto/encargo que será contratado. Assim, não são todos os encargos que determinam a necessidade de que o interessado realize vistoria técnica para formatar sua proposta. Portanto, em razão do planejamento e em função do tipo de encargo que será assumido pelo futuro contratado, é dever da



Administração viabilizar a visita, salvo se houver razão de ordem técnica que justifique a sua não viabilidade.

Prosseguindo, Mendes (2013, p. 621), assevera que, *in verbis*:

A ideia de vistoria técnica é possibilitar aos licitantes que avaliem as condições do local em que executarão o encargo, de maneira a fixar seus preços. Essa exigência traz segurança para a Administração, na medida em que o atestado fornecido por ela indica que o futuro contratado está ciente das reais condições locais de execução do objeto.

Assim, diante das considerações supracitadas, uma das hipóteses sobre a qual se pode lançar mão da vistoria técnica é a contratação de serviços técnicos de grande complexidade⁸ e/ou de expressivo valor monetário. Apesar de a lei de licitações e contratos administrativos, Lei nº 8.666/93, não fazer nenhum tipo de distinção ou de pressuposição, existe uma plausibilidade justificável sob tais condições.

Então, durante o planejamento das licitações, ante a complexidade, o valor expressivo ou a peculiaridade técnica do objeto a ser licitado, decide-se, motivadamente, pela exigência ou não da vistoria técnica.

4.3 VISTORIA TECNICA SOB A ÓTICA DO TCU

Na perspectiva do Tribunal de Contas da União (TCU), demonstrada por intermédio de seus acórdãos, o instituto da vistoria técnica, não obstante a sua previsão normativa, pode engendrar, entre outros, dois óbices. O primeiro relaciona-se com a possibilidade de restrição à competitividade e o segundo, interligado ao primeiro, com a faculdade de ações do tipo conluio ou cartel, ainda que de caráter efêmero.

Assim, não se descurando do que impõem as normas vigentes sobre a competitividade nos processos licitatórios, entre elas, a Lei nº 8.666/93, lei de licitações e contratos administrativos, *in verbis*:

Art. 3º [...] § 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante

8 De acordo com a Lei nº 8.666/93 “Art. 30. [...] § 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais”.



para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Não se olvidando também do Decreto nº 5.450/05, o qual regula o pregão na forma eletrônica e se refere à competição nos certames com o seguinte teor, *ipsis litteris*:

Art. 5º A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade.

Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

Destarte, neste panorama, intentando evitar possíveis restrições à competição nas licitações públicas, facultadas pelo instituto da vistoria técnica, o Acórdão nº 15.719/2018 – TCU – 1ª Câmara, faz a seguinte orientação, *in verbis*:

9.2. [...] a vistoria ao local da prestação dos serviços somente deve ser exigida quando imprescindível, fundamentadamente, devendo, mesmo nesses casos, o edital prever a possibilidade de substituição do atestado de visita técnica por declaração do responsável técnico da licitante de que possui pleno conhecimento do objeto, das condições e das peculiaridades inerentes à natureza dos trabalhos.

Com idêntico propósito, ou seja, neutralizar ou, pelo menos, mitigar as possíveis tentativas de frustrar o caráter competitivo do certame, por meio do aumento do custo de participar de um processo de licitação e seus reflexos sobre a respectiva proposta comercial, o Acórdão nº 5.966/2018 – TCU – 2ª Câmara, ressalta que, *ipsis verbis*:

9.3.2. a exigência de visita técnica como requisito de habilitação, quando não justificada pelas peculiaridades do objeto, restringe indevidamente a competitividade, em afronta ao art. 3º, §1º, da Lei 8.666/1993, e, nos casos em que a avaliação prévia do local de execução se configura indispensável, o edital de licitação deve prever a possibilidade de substituição da vistoria por declaração formal assinada pelo responsável técnico acerca do conhecimento pleno das condições e peculiaridades da obra.

O aumento do custo supracitado, com reflexo sobre o valor da proposta comercial, pode ser materializado em razão da necessidade de deslocamento, de hospedagem e/ou de contratação, antes da assinatura contratual, de um profissional para realizar a visita técnica quando o local ou o objeto de vistoria ficar fora da sede da empresa licitante, por exemplo.



Outro estorvo, que também se relaciona com a restrição à competitividade, cujo resultado pode ser danoso ao processo licitatório em face da execução da vistoria técnica sem as cautelas pertinentes, é a possibilidade de conluio ou cartel, ainda que a sua natureza seja transitória.

A respeito desta possibilidade, o Acórdão nº 2.552/2017 – TCU – Plenário propala que “9.3.7. a exigência, [...], de que a visita ao local dos serviços seja feita pelo Responsável Técnico da empresa e de forma coletiva, em um único dia e horário, facilita a ocorrência de ajuste entre competidores”, ou seja, favorece a formação de colusão do tipo cartel.

A faculdade de conluio vis-à-vis a instituição da vistoria técnica nas licitações públicas sem os controles devisos, também é propagada pelo Acórdão nº 341/2015 – TCU – Plenário nos seguintes termos: “9.3. [...], abstenham-se de exigir visita técnica em único dia e horário como requisito de qualificação técnica de licitantes, reservando-a apenas para os casos justificadamente excepcionais”.

Apreende-se, desta maneira, que as ações do tipo cartel, ainda que instáveis e de curta duração, são “facilitadas” pelo advento do instituto da vistoria técnica sem os pré-requisitos necessários e ferem, mortalmente, a competição isonômica entre os interessados em contratar com o poder público. Em função disto, o TCU, em seus acórdãos, reiteradamente, tem rechaçado quaisquer atos ou situações que possam contribuir para materializar tais colusões.

Assim, neste horizonte, alinhado aos acórdãos supracitados, sobressai o Acórdão nº 1.023/2013 – TCU – Plenário o qual, para inibir os possíveis intentos de conluio nos certames, faz o apontamento a seguir: “9.5. [...] foi estipulado um único horário, data e local para a visita técnica dos licitantes, o que possibilita dar-lhes conhecimento prévio acerca do universo de concorrentes e contraria reiterada jurisprudência desta Corte de Contas”.

Em complemento ao exposto pelo Acórdão nº 1.023/2013 – TCU – Plenário, retomado, o Acórdão nº 7.065/2010 – TCU – 2ª Câmara impele aos jurisdicionados que “9.5.4. evite agendar visita técnica no mesmo horário e local para todos os licitantes, pois o procedimento é capaz de dar-lhes conhecimento prévio acerca do universo de concorrentes” e, desta forma, facultar a formação de acordos ilícitos do tipo cartel.

Da leitura e compreensão da jurisprudência do TCU, percebe-se que o instituto da vistoria técnica, sem os cuidados necessários, frustra o caráter competitivo do certame, atenta contra a isonomia processual e possibilita a formação de carteis, ainda que de natureza instável e transitória.

4.4 CARTEL NAS PERSPECTIVAS DA SDE E DO CADE⁹

Em complemento à explanação contida no tópico convergência conceitual entre conluio e cartel, explicitado no início deste texto, a Cartilha como atuar em conformidade com a lei de defesa da concorrência da SDE/MJ (2009, p. 5), salienta que “o cartel é a mais grave lesão à concorrência”,

9 CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), MJ (Ministério da Justiça) e SDE (Secretaria de Direito Econômico).

posto que, entre outras coisas, segundo Gonçalves e Rodrigues (2009, p. 214), “a cartelização eleva, de modo anormal, os lucros do setor” privado em detrimento do setor público. Assim, alicerçado na teoria econômica, Souza (2007, p. 105) revela que um “cartel é uma união de firmas oligopolistas com o fim de evitar competição e maximizar lucro no nível individual”.

Conforme Gonçalves e Rodrigues (2009, p. 215), “quando um grupo de empresas consegue sustentar a existência de um cartel, o lucro para o conjunto delas é bem alto (já que unidas, elas formam um monopólio)”.

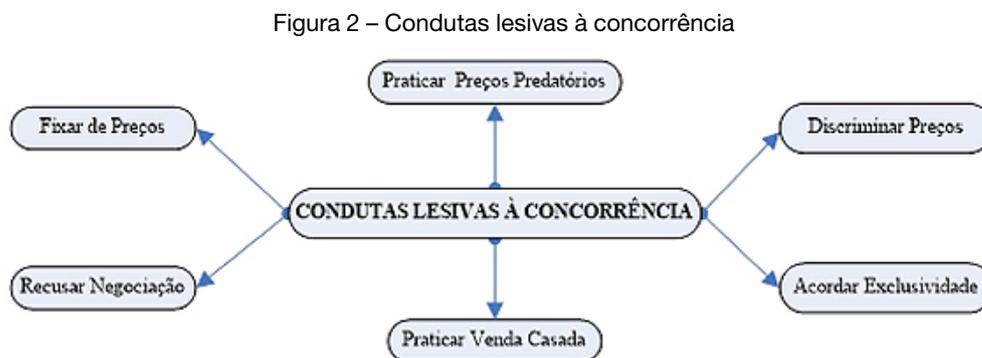
Em adição à ideia de que as ações cartelizadas resultam numa solução monopolística, ou seja, num maior preço e numa menor quantidade transacionada, Nicol (1989, p. 243) afirma que “a união dos produtores de um setor para, através da fixação de quotas para cada um (ou alternativamente de um preço comum), auferirem conjuntamente os lucros de um monopólio” é ineficiente para o conjunto sociedade.

Nesta conjuntura, pode-se mencionar, de forma consistente e rebuscada, consoante o Guia prático do CADE (2003, p. 23), que o conluio ou cartel “visa, por meio de cooperação explícita ou implícita entre os principais participantes do mercado, uniformizar preços, dividir clientes e acordar outras políticas comerciais, com o objetivo de obter lucros semelhantes aos de monopólio”.

Complementando a assertiva, constante no guia prático do CADE, a Cartilha combate a cartéis e programa de leniência do CADE (2009, p. 25) discorre, *in verbis*:

Um cartel pode envolver as seguintes práticas: (a) fixação de preços, por meio da qual as partes definem, direta ou indiretamente, os preços a serem cobrados no mercado; (b) estabelecimento de restrições / quotas na produção, que envolve restrições à oferta ou produção de bens ou serviços; (c) adoção de prática concertada com concorrente em licitações públicas (e.g., combinação quanto ao teor de cada uma das propostas); e (d) divisão / alocação de mercados por áreas ou grupos de consumidores.

A título de conhecimento e exposição visual, a Figura 2 – Condutas lesivas a concorrência, sem esgotar todos os casos, esquematiza e ressalta alguns exemplos de condutas que potencialmente podem lesar a concorrência.



Fonte: Concepção do auto



Assim, no que tange aos resultados nocivos dos conluíus ou cartéis nas licitações, o Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação da SDE/MJ (2008, p.10) explana que “o resultado sempre é o aumento dos preços pagos pela Administração e a consequente transferência ilegítima de recursos para os membros do cartel”. O documento supracitado, o Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação da SDE/MJ (2008, p. 4), também salienta, *in verbis*:

Os cartéis em licitações prejudicam substancialmente os esforços do Estado Brasileiro em empregar seus recursos no desenvolvimento do país, ao beneficiar indevidamente empresas que, por meio de acordo entre si, fraudam o caráter competitivo das licitações. Ainda que a Administração busque racionalizar suas compras por meio de controles orçamentários mais estritos e de melhoria nas formas de contratação – como por meio do uso do pregão eletrônico –, isso não impede a ação dos cartéis, que provocam transferência indevida de renda do Estado para as empresas.

Referente às consequências mais impactantes dos cartéis sobre as licitações públicas, o Guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação da SDE/MJ (2008, p. 8) franqueia o que segue, *ipsis litteris*:

Cartéis são considerados a mais grave lesão à concorrência porque prejudicam seriamente os consumidores ao aumentar preços e restringir a oferta, tornando os bens e serviços mais caros ou indisponíveis. Ao artificialmente limitar a concorrência, os membros de um cartel também prejudicam a inovação, impedindo que novos produtos e processos produtivos surjam no mercado. Cartéis resultam em perda de bem-estar do consumidor e, no longo prazo, perda de competitividade da economia como um todo.

Percebe-se, então, que, primordialmente, os conluíus ou acordos ilícitos do tipo cartel, no âmbito das licitações públicas, intentam, sobretudo, violar a isonomia e fraudar a concorrência em detrimento dos princípios jurídico-administrativos da economicidade e da eficiência, apropriando ou transferindo, de maneira ilícita, os escassos recursos do setor público para a iniciativa privada.

Neste contexto, a possibilidade de formação de cartéis, ainda que de natureza efêmera, surge, por exemplo, quando os planejadores da licitação pública não se atentam para a necessidade de segregar as funções entre os responsáveis por conduzir o certame e os responsáveis por acompanhar as empresas licitantes durante a visita técnica, permitindo que os membros da comissão de licitação ou pregoeiro conheçam, antecipadamente, as empresas interessadas em participar da licitação.

Outra precaução que se faz mister, cujos planejadores do processo de licitação não podem olvidar, diz respeito às datas e aos horários das visitas técnicas os quais devem ser estabelecidos de maneira que as empresas licitantes façam, individualmente, as vistorias



técnicas, ou seja, que se evite o encontro e o conhecimento, prévio, entre os possíveis proponentes comerciais.

4.5 CARTEL NA ESTRUTURA NORMATIVA

No âmbito normativo, objetivando coibir ações cartelizadas, a Lei nº 12.529/11, que, entre outras coisas, estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), salienta, *ipsis verbis*:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. [...] § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes.

Perseguindo o intento de restringir a formação de conluio ou cartéis, a Lei nº 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, assevera que:

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: [...] II - formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores.

Desta forma, no contexto de combate aos conluios ou cartéis nas licitações públicas, a Lei nº 8.666/93, lei de licitações e contratos administrativos, esclarece que configura crime, *in verbis*:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:



[...]

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços; [...] V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato.

Ainda, no contexto das licitações públicas, com o propósito de evitar colusões ou conluídos do tipo cartel, entre outros acordos ilícitos, a Lei nº 12.846/13, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, salienta, entre outras coisas, que:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: [...] IV - no tocante a licitações e contratos:

a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; [...] c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente.

Com idêntico ímpeto, ou seja, o combate às condutas que podem causar danos ao erário, tais como as ações derivadas de cartéis, a Lei nº 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública, estabelece o seguinte, textualmente:

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei¹⁰, e notadamente: [...] V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado; [...] VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou

10 Segundo a Lei nº 8.429/92, *in verbis*: “Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei. Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos”.



dispensá-lo indevidamente; [...] XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente.

Diante os normativos supracitados, nota-se que os atos advindos de ações cartelizadas no âmbito das licitações públicas, sejam eles oriundos da instituição de vistorias técnicas ou não, além de violar os preceitos relativos à isonomia e à concorrência das despesas, encarecendo, artificialmente, os preços contratados pelo poder público, podem causar danos ao erário com as possíveis consequências penais, administrativas e cíveis.

Neste contexto, a exigência de visita técnica nos editais de licitação, deve, sempre, ser justificada (motivada) e precedida dos cuidados pertinentes.

5. CONCLUSÃO

A vistoria técnica, mesmo sendo um critério constituinte de habilitação, previsto no inciso III do Artigo 30 da Lei nº 8.666/93, ou seja, mesmo tendo “força e amparo legal”, necessita ser observada e empregada com ressalvas por facultar, ou melhor, por favorecer o surgimento de conluíus ou acordos ilícitos denominados cartéis.

Não obstante servir ao propósito de informar e dirimir as dúvidas dos potenciais competidores acerca de pontos obscuros, ambíguos ou mal esclarecidos no edital de licitação, fazendo-os conhecer melhor o objeto licitado e, conseqüentemente, constituir e ofertar um preço mais próximo ao vigente no mercado, é necessário ter alguns cuidados na exigência e na condução da vistoria técnica.

Assim, a despeito das possíveis benesses em prol da gestão da coisa pública, o estabelecimento desatento do instituto da vistoria técnica pode ter um efeito contraproducente, ensejando, como já salientado, o surgimento de cartéis, caso não sejam tomadas algumas medidas precatadas.

Entre tais medidas, cita-se: (a) o estabelecimento da segregação de funções, não permitindo que, durante a execução da vistoria, os componentes da comissão de licitação ou o pregoeiro identifiquem, antecipadamente, os representantes das potenciais empresas licitantes; (b) a execução da visita técnica em horários e datas diferentes para que os diversos licitantes possam fazer a vistoria individualmente. Tal medida, colima impedir que os futuros concorrentes se conheçam, antes do certame, e, desta forma, que o sigilo das propostas comerciais possa ser violado ou que acordos ilícitos venham a ser engendrados; e (c) para obras e serviços mais simples, deve-se substituir o instituto da vistoria técnica por uma “declaração formal”, cujo licitante expresse, explicitamente, ter pleno conhecimento do objeto a ser licitado e afirme que não solicitará revisão contratual (reequilíbrio econômico-financeiro) após a assinatura da avença.

Em alguns os casos, pode-se, também, em vez de “obrigar”, facultar, no ato convocatório, que, mediante solicitação prévia e agendamento individual, os pretensos licitantes façam a vistoria



técnica. Todos esses cuidados almejam inibir ou, pelo menos, mitigar o advento de colusões do tipo cartel, ainda que transitórias, no ambiente das compras públicas.

Os cartéis ou conluio que porventura se concretizam no âmbito das despesas governamentais, burlam as regras da isonomia, da competição e da economicidade dos certames, transferindo, ilegalmente, os recursos do setor público para o setor privado. Tais acordos ilícitos, além de fomentar uma pseudoconcorrência, podem dar causa, dolosa ou culposamente, por intermédio do instituto da vistoria técnica, exigido nos editais de licitação sem as cautelas necessárias, a um expressivo dano ao erário.

Cingido nestas circunstâncias, o instituto da vistoria técnica, aplicado sem os cuidados supracitados, pode originar conluio do tipo cartel, ainda que instáveis, causando prejuízos significativos aos escassos recursos públicos.

6. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Paulo Furquim de *et al.* **Introdução a economia**. São Paulo: Atlas, 2007.

BAYE, Michael R. **Economia de empresa e estratégia de negócio**. 6 ed. Porto Alegre, AMGH, 2010.

BYRNS, Ralph T; STONE, Gerald W. **Microeconomia**. São Paulo, Makron Books, 1996.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Portaria nº 1.077, de 30 de maio de 2007. Outorga à Coordenação Geral de Análise de Infrações no setor de Compras Públicas a incumbência de promover investigações de cartéis em segmentos econômicos afetados pela prática, com o objetivo de intensificar e ampliar o combate ao conluio em licitações, nos níveis federal, estadual e municipal. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idado/22522>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. **Guia prático do CADE: a defesa da concorrência no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Centro de Integração Empresa-Escola – CIEE, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2000**. Aprova o Regulamento para a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3555compilado.htm>. Acesso em: 20 dez. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005**. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em:



<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5450.htm>. Acesso em 17 dez. 2016.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 4 dez. 2016.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993**. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp73.htm>. Acesso em: 20 jan. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 31 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320compilado.htm>. Acesso em: 11 jun. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 23 dez. 2016.

BRASIL. **Lei nº 10.446, de 8 de maio de 2002**. Dispõe sobre infrações penais de repercussão interestadual ou internacional que exigem repressão uniforme, para os fins do disposto no inciso I do § 1º do artigo 144 da Constituição. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10446.htm>. Acesso em 3 jan. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 19 jan. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.429, de 2 de julho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.



Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429compilado.htm>. Acesso em: 2 dez. 2016.

BRASIL. **Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm>. Acesso em: 10 jan. 2017.

BRASIL. **Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 10 dez. 2016.

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320compilado.htm>. Acesso em: 12 jan. 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Defesa da concorrência no judiciário**. Brasília: SDE/MJ, 2010.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Combate a cartéis e programa de leniência**. 3 ed. Brasília: SDE/MJ, 2009.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Combate a cartéis na revenda de combustíveis**. Brasília: SDE/MJ, 2009.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Combate a cartéis em sindicatos e associações: como atuar em conformidade com a lei de defesa da concorrência**. Brasília: SDE/MJ, 2009.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Combate a cartéis em licitações: guia prático para pregoeiros e membros de comissões de licitação**. Brasília: SDE/MJ, 2008.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Portaria nº 1077, de 30 de maio de 2007**. Outorgar à Coordenação Geral de Análise de Infrações no setor de Compras Públicas a incumbência de promover investigações de cartéis em segmentos econômicos afetados pela prática, com o objetivo de intensificar e ampliar o combate ao conluio em licitações, nos níveis federal, estadual e municipal. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/22522>>. Acesso em: 7 jun. 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. **Instrução Normativa nº 02, de 16 de setembro de 2009**. Estabelece a obrigatoriedade de apresentação da Declaração de Elaboração Independente de Proposta, em procedimentos licitatórios, no âmbito dos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG. Disponível em: <<http://www.comprasnet.gov.br/legislacao/legislacaoDetalhe.asp?ctdCod=265>>. Acesso em: 15 jan. 2017.

BRASIL. MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO. **Instrução Normativa nº 5, de 25 de maio de 2017**, que dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob



o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <<https://www.comprasgovernamentais.gov.br/images/conteudo/ArquivosCGNOR/IN-n-05-de-26-de-maio-de-2017---Hiperlink.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 15719/2018 - TCU – 1ª Câmara**. Relator: Ministro-Substituto Weder de Oliveira. Brasília, 4 de dezembro de 2018. Diário Oficial da União, 18 de dezembro de 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 5966/2018 - TCU – 2ª Câmara**. Relator: Ministra Ana Arraes. Brasília, 17 de julho de 2018. Diário Oficial da União, 23 de julho de 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2552/2017 - TCU - Plenário**. Relator: Ministro Augusto Sherman Cavalcanti. Brasília, 14 de novembro de 2017. Diário Oficial da União, 24 de novembro de 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 341/2015 - TCU - Plenário**. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Brasília, 4 de março de 2015. Diário Oficial da União, 12 março de 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1023/2013 - TCU - Plenário**. Relatora: Ministra Ana Arraes. Brasília, 24 de abril de 2013. Diário Oficial da União, 10 de maio de 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 7065/2010 - TCU – 2ª Câmara**. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. Brasília, 23 de novembro de 2010. Diário Oficial da União, 2 dez. 2010.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Manual de licitações e contratos: orientações e jurisprudência** do TCU. 4 ed. Brasília: Senado Federal, 2010.

BROWNING, Edigar K; ZUPAN, Mark A. **Microeconomia: teoria prática**. Rio de Janeiro: LTC editora, 2002.

FRANK, Robert H. **Microeconomia e comportamento**. 8 ed. Porto Alegre: AMGH, 2013.

GALVÃO, Arnaldo. **Ação de cartéis provoca prejuízo de R\$ 40 bi por ano em compras públicas**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/478633/noticia.htm?sequence=1>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

GONÇALVES, Carlos Eduardo Sorares; RODRIGUES. Mauro. **Sob a lupa do economista: uma análise econômica sobre bruxaria, futebol, bilheteria de cinema e outros temas inusitados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

GOOLSBEE, Austan; LEVITT, Steven; SYVERSON, Chad. **Microeconomia**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

LULA, Edla. **Cartéis nas licitações públicas dão prejuízo ao governo de até R\$ 40 bilhões, estima secretaria**. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/>>



noticia/2007-05-30/carteis-nas-licitacoes-publicas-dao-prejuizo-ao-governo-de-ate-r-40-bilhoes-estima-secretaria>. Acesso em: 9 jan. 2017.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. 2 ed. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

MANSFIELD, Edwin. **Microeconomia: teoria e aplicações**. São Paulo: Saraiva, 2006.

MENDES, Renato Geraldo (Coord.). **Lei de licitações e contratos anotada – notas e comentários à lei nº 8.666/93**. 9 ed. Curitiba: Zênite, 2013.

MOCHÓN, Francisco. **Economia: teoria e prática**. 5 ed. São Paulo, McGraw Hill, 2006.

NICOL, Robert. **Microeconomia**. São Paulo: Atlas, 1989.

NOGAMI, Otto; PASSOS, Carlos Roberto Martins. **Princípios de economia**. 7 ed. São Paulo, Cengage Learning, 2016.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SOUZA, Nali de Jesus de. **Economia básica**. São Paulo: Atlas, 2007.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. 8 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

VASCONCELLOS, Marco Antônio Sandoval de. **Economia: micro e macro**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2002.



Os conceitos e interpretações emitidos nos trabalhos assinados são de exclusiva responsabilidade de seus autores.



Índice de autores

C

CHAVES , Luiz Claudio 4

Um estudo completo sobre a hipótese de inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos especializados

G

GOMES, Arnaldo Ribeiro 32

Amostragem estatística para testes de controle: um guia teórico-prático para auditores

M

SILVA, Magno 50

O instituto da vistoria técnica no rito processual das licitações públicas e a possibilidade de ações cartelizadas: uma análise teórica



Como publicar na Revista do TCU

SUBMISSÃO DE ARTIGOS

IDIOMA

A Revista do TCU é um periódico bilíngue (português/inglês). Os artigos selecionados são traduzidos gratuitamente. São aceitos textos escritos em português e inglês. O título, o resumo e as palavras-chave devem ser informados em português e em inglês.

AVALIAÇÃO CEGA

Os artigos a serem publicados são selecionados pelos membros do Conselho Editorial, que recebem os trabalhos sem qualquer forma de identificação do autor. Para assegurar imparcialidade ao processo, é necessário que a identificação de autoria seja realizada na primeira folha do documento, separada do texto do artigo. As informações de autoria devem também ser removidas da opção “Propriedades”.

AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO

A aprovação e publicação de trabalhos na Revista do TCU não dá aos autores o direito de percepção de qualquer retribuição pecuniária, devido à gratuidade na distribuição do periódico. A publicação resguarda os direitos autorais, na forma da Lei. Cada autor receberá cinco exemplares do número da revista no qual seu trabalho tenha sido publicado.

CRITÉRIOS DE SUBMISSÃO

Os artigos devem ser encaminhados para publicação para o endereço eletrônico revista@tcu.gov.br. A seleção de artigos observa os seguintes critérios:

IDENTIFICAÇÃO DO AUTOR

Incluir na primeira folha do documento, separado do texto do artigo, currículo resumido com máximo de 250 caracteres, indicando nome(s) do(s) autor(es), instituição, cargo/função e formação acadêmica. Informar endereço para envio de exemplares da edição da Revista em que for publicado o artigo.

CONTEÚDO

Compatibilidade com a temática da Revista (relativa a Tribunais de Contas, Controle Externo, Administração Pública, Direito Público, Contabilidade, Finanças e Auditoria no âmbito do setor estatal). Contribuição original e inédita, que não esteja em processo de avaliação por outra publicação (PORTARIA TCU Nº 292/1995). Qualidade, objetividade e impessoalidade do texto. Linguagem adequada à norma culta da língua portuguesa.

FORMATAÇÃO

Formato Word (extensão.doc/docx), de até 2MB.

Máximo de 10 mil palavras (aproximadamente 25 páginas, consideradas as referências).

Estrutura de acordo com o template disponibilizado no site do Tribunal de Contas da União.

Elementos pré-textuais: a) título, e subtítulo (se houver); b) nome(s) do(s) autor(es); d) resumo na língua do texto; a) palavras-chave na língua do texto. Elementos textuais: a) introdução; b) desenvolvimento; c) conclusão.

Elementos pós-textuais: a) título, e subtítulo (se houver) em língua estrangeira; b) resumo em língua estrangeira; c) palavras-chave em língua estrangeira; d) nota(s) explicativa(s); e) referências.

Resumo de acordo com o template disponibilizado no site do Tribunal de Contas da União, com até 250 palavras.

Fonte Helvetica tamanho 10. Títulos e subtítulos em negrito Alinhamento à esquerda Espaçamento simples entre as linhas. Evitar linhas em branco entre os parágrafos. Formato da página: A4 (21x29,7 cm) Todas as margens com 2 cm. Destaques em negrito. Termos em língua estrangeira em itálico. Tabelas e ilustrações (mapas, diagramas, orga- nogramas, quadros, fotografias, gráficos, fluxo- gramas, entre outros) preferencialmente com 300 dpi, apresentados no corpo do documento, e envio dos originais separadamente. Formatos de tabela conforme previstos pelo template. Normas de apresentação tabular (1993) do IBGE e NBR 14724 (2011) da ABNT para ilustrações.

CITAÇÕES E REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Citações de acordo com a versão mais atual da NBR 10520 da ABNT, conforme os exemplos a seguir:

Citação direta

Segundo Barbosa (2007, p. 127), “entende- -se que ...”, ou “Entende-se que ...” (BARBOSA, 2007, p. 127).

Citação indireta

A teoria da ... (Cf. BARBOSA, 2007, p. 127),

ou,

A teoria da ... (BARBOSA, 2007, p. 127).

As citações de diversos documentos de um mesmo autor, publicados num mesmo ano, são distinguidas pelo acréscimo de letras minúsculas, após a data e sem espaçamento, conforme a ordem alfabética da lista de referências.

Segundo Barbosa (2007a, p. 127), ...

(BARBOSA, 2007b, p. 94).

Notas de rodapé devem ser evitadas, exceto para informações adicionais sobre trabalhos em andamento ou não publicados, ou comunicação pessoal.

Lista de referências completas utilizadas no artigo, de acordo com a versão mais atual da NBR 6023 da ABNT. a) somente deverão ser citados na lista de referências trabalhos editados ou disponíveis para acesso público; b) as referências deverão ser apresentadas em ordem alfabética e alinhadas à esquerda; c) os artigos submetidos poderão ser referenciados em parte ou no todo, em formato impresso ou digital.

DECLARAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

Os textos aprovados são publicados sem alteração de conteúdo. Os conceitos e opiniões emitidas em trabalhos doutrinários assinados são de inteira res- ponsabilidade de seus autores. Os artigos publicados



poderão ser divulgados em outros canais, desde que citada a Revista do TCU, ano, número e data de publicação como primeiro veiculador do trabalho.

POLÍTICA DE PRIVACIDADE

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.



MISSÃO

Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo.

VISÃO

Ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável.